

Der Gerichtsstand bei der Abänderung von Scheidungsurteilen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

ERIKA FRICK

von Hausen a. A.

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiß

VERLAG P. G. KELLER WINTERTHUR 1954



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Gerichtsstand bei der Abänderung von Scheidungsurteilen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

ERIKA FRICK

von Hausen a. A.

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiß

VERLAG P. G. KELLER WINTERTHUR 1954

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 19. Dezember 1953

Der Dekan :

Prof. Dr. W. BICKEL



MEINEN ELTERN

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1. Einleitung	7
§ 2. Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete des Zivilprozessrechts und des materiellen Rechts	11
I. Grundsätzliche Kompetenzabgrenzung	11
II. Ausnahmen	12
1. Bundesrechtliche Verfahrensnorm in der Verfassung	13
2. Verfahrensbestimmungen in der Bundesgesetzgebung	14
a) Im allgemeinen	14
b) Verfahrensnormen im Scheidungsrecht im besonderen	14
I. Teil: DIE GERICHTSSTANDSNORMEN IN DER BUNDESVERFASSUNG	17
§ 3. Frage der Anwendbarkeit von Art. 59 BV	17
I. Interkantonale Anwendung von Art. 59 BV	17
II. Zweck des Art. 59 BV	17
1. Die Änderung von Renten gemäss Art. 153 ZGB	18
a) Die Herabsetzung der Rente	18
b) Die Erhöhung der Rente	18
2. Die Änderung des Kinderzuteilungsdispositivs gemäss Art. 157 ZGB	18
III. Die Auslegung einiger Begriffe des Art. 59 BV	19
1. Die persönliche Ansprache	19
2. Der aufrechtstehende Schuldner	21
a) Änderung von Bedürftigkeitsrenten	21
aa) Herabsetzung der Bedürftigkeitsrente	21
bb) Erhöhung der Bedürftigkeitsrente	21
b) Änderung von Unterhaltsrenten an die Kinder gemäss Art. 157 ZGB	21
IV. Zusammenfassung	22

II. Teil: DIE GERICHTSSTANDSNORMEN IM SCHEIDUNGSRECHT	24
A Auslegung der die Gerichtsstandsfrage betreffenden Bestimmungen des 4. Titels des ZGB	25
§ 4. Ist die Frage nach der örtlichen Zuständigkeit bei der Abänderung von Scheidungsurteilen ausschliesslich eine solche des Prozessrechtes?	25
§ 5. Zusammenhänge zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren in prozessualer Hinsicht	28
I. Verhältnis zwischen Ehescheidung im engeren Sinne und Regelung der Nebenfolgen in prozessualer Hinsicht	29
1. Die Regelung der Nebenfolgen im Ehescheidungsverfahren selbst	29
2. Die Anwendung der gleichen Prozessmaximen bei der Regelung der Nebenfolgen und im Scheidungsverfahren	33
a) Allgemeines	33
b) Die Verfahrensgrundsätze im allgemeinen	35
c) Die Anwendung der Officialmaxime nach Art. 158 ZGB im Ehescheidungsprozess	36
d) Die Verfahrensgrundsätze bei der Regelung der Nebenfolgen	40
II. Das Verhältnis zwischen Ehescheidung im weiteren Sinne und Abänderungsverfahren	44
1. Das Wesen der Abänderung im allgemeinen	44
2. Prozessrechtliche Überlegungen im engeren Sinne	47
a) Identität des geltend gemachten Anspruches	48
b) Identität der Parteien	49
c) Identität der Beweislastverteilung	54
d) Zusammenfassung	55
§ 6. Zusammenhänge zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren in sachlicher Hinsicht	55
I. Verhältnis zwischen Ehescheidung im engeren Sinne und Regelung der Nebenfolgen	56
1. Im allgemeinen	56
2. Das Verhältnis zwischen Ehescheidung und den abänderbaren Nebenfolgen im besonderen	59
a) Die Abänderbarkeit der Bedürftigkeitsrente	59
b) Zusammenhänge zwischen Ehescheidung und Bedürftigkeitsrente aus Art. 152 ZGB im besonderen	67
c) Zusammenhänge zwischen Ehescheidung und Gestaltung der Elternrechte des Art. 156 ZGB im besonderen	70
d) Zusammenfassung	73

II. Verhältnis zwischen Ehescheidung im weiteren Sinne und Abänderungsverfahren	74
1. Art und Weise der Abänderung der änderbaren Nebenfolgen	74
a) Art und Weise der Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs	75
b) Art und Weise der Abänderung der Bedürftigkeitsrente	75
2. Materielle Voraussetzungen der Abänderung eines Scheidungsurteils	76
a) Wesentliche Veränderung bei der Gestaltung der Elternrechte	77
b) Wesentliche Veränderung bei der Bedürftigkeitsrente	78
c) Zusammenfassung	79
3. Formelle Voraussetzungen der Abänderung eines Scheidungsurteils	80
a) Veränderung der Verhältnisse seit der Ehescheidung	80
b) Die Abänderung des rechtskräftigen Urteils	80
4. Zusammenfassung	81
B. Auslegung des Art. 144 ZBG im Besonderen	81
§ 7. Der Gerichtsstand am Wohnort des Klägers	81
I. Historische Zusammenhänge	82
II. Die Stellung des Art. 144 im Gesetz	82
III. Sinn und Zweck des Art. 144 ZGB	86
1. In bezug auf die Scheidungsklage	86
a) Staatliches Interesse an der Regelung der Scheidung	86
b) Schutz eines höchstpersönlichen Rechts	86
2. In bezug auf das Abänderungsbegehren	87
a) Staatliches Interesse an der Abänderung eines Scheidungsurteils	87
b) Schutz eines Persönlichkeitsrechts	87
IV. Zusammenfassung	88
§ 8. Anhang	89

§ 1. Einleitung

1. Unter der Herrschaft des Bundesgesetzes betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874¹ hat sich der Bund auf dem Gebiete des Scheidungsrechtes² mit der Festlegung der Voraussetzungen, unter welchen eine Ehescheidung resp. -trennung durchgeführt werden konnte, begnügt. Im übrigen hat er es den Kantonen überlassen, über die Folgen der Ehescheidung selbst Normen aufzustellen³. Im heute geltenden Scheidungsrecht⁴ dagegen hat der Bund diese Materie selbst abschliessend geregelt⁵. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber im positiven Scheidungsrecht die Möglichkeit zur Abänderung von Scheidungsurteilen vor dem Richter geschaffen hinsichtlich der Bedürftigkeitsleistung, sofern diese in Rentenform entrichtet wird⁶, sowie hinsichtlich der Gestaltung der Elternrechte^{7, 8}.

Über die Rechtsnatur dieses Abänderungsverfahrens besteht namentlich in der Literatur Meinungsverschiedenheit; doch kann hier noch nicht darauf eingegangen werden⁹. Vorerst sei in diesem Zusammenhang das Abänderungsverfahren lediglich mittels seines Zweckes umschrieben: Bei der Regelung der erwähnten abänderbaren Nebenfolgen der Ehescheidung hat der Richter Tatsachen zu beurteilen, die erst in Zukunft eintreffen: Er hat also ein prognostisches Urteil zu fällen. Nun kann der Fall eintreten, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse anders entwickeln, als bei der Beurteilung

1) Dieses Gesetz wurde mit Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches aufgehoben — SchlTZGB Art. 60, Abs. 2.

2) Art. 43—57 ZEG.

3) Von Bundesrechts wegen wurde einzig die Nebenfolge der Strafwaretfrist geregelt, Art. 48 ZEG.

4) 4. Titel des ZGB, Art. 137—158.

5) Art. 149 ZGB: Stellung der geschiedenen Frau; Art. 150 ZGB: Strafwaret-

6) Art. 153 Abs. 2 ZGB. 7) Art. 157 ZGB.

frist; Art. 151 ZGB: Entschädigungs- und Genugtuungsleistungen; Art. 152 ZGB: Bedürftigkeitsleistungen; Art. 154 ZGB: Güterrechtliche Auseinandersetzung bei der Ehescheidung; Art. 156 ZGB; Gestaltung der Elternrechte.

8) Aus dem Wortlaut des Art. 157 ZGB geht eindeutig hervor, dass es sich bei der Abänderung bezüglich der Gestaltung der Elternrechte um ein Verfahren vor dem Richter handelt; nicht so klar ergibt sich dies bezüglich der Abänderung hinsichtlich der Bedürftigkeitsrente aus dem Wortlaut des Art. 153 Abs. 2 ZGB. In der Praxis ist jedoch unbestritten, dass beide Abänderungsverfahren vor dem Richter zu erfolgen haben und dass hinsichtlich des Gerichtsstandes für beide Abänderungsverfahren das gleiche gelten soll; vgl. Urteile des Obergerichts Luzern in SJZ 24/218, Nr. 194 und 36/239, Nr. 158.

9) Näheres über das Wesen des Abänderungsverfahrens vgl. S. 44 ff.

im Scheidungsprozess angenommen werden konnte. Daher entsteht zwischen den im Urteil geregelten Verhältnissen und der wirklichen Lage der Dinge unter Umständen eine erhebliche Diskrepanz. Diese soll durch das Abänderungsverfahren korrigiert werden.

2. Ausser diesen materiellrechtlichen Normen bezüglich die Ehescheidung und die Regelung der Nebenfolgen hat der Bundesgesetzgeber gleichzeitig einige prozessuale Bestimmungen in sein Gesetz aufgenommen, wozu er gemäss Art. 64 BV ermächtigt ist, sofern diese Bestimmungen der besseren Durchführung seines materiellen Rechtes dienen¹⁰. So wird in Art. 158 ZGB zum Teil das Verfahren bei Ehescheidungsprozessen normiert, während Art. 144 ZGB eine Gerichtsstandsnorm für die Ehescheidungsklage enthält. Die örtliche Zuständigkeit des Richters zur Beurteilung eines Abänderungsbegehrens hingegen ist vom Bundesgesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt worden. Daraus wurde während der ersten Jahre der Geltung des ZGB gefolgert, dass die Aufstellung einer Gerichtsstandsnorm für das Abänderungsverfahren den Kantonen zu überlassen sei, da es sich um eine prozessuale Frage handle und das ZGB hierüber nichts bestimme¹¹. Die Kantone versäumten denn auch nicht, in ihren Einführungsgesetzen zum ZBG¹² solche Gerichtsstandsnormen zu erlassen¹³. Die bunte Vielfalt dieser

10) Burckhardt, Kommentar zu Art. 64 BV.

11) v. Wyss, S. 68; Dannegger, S. 57; Urteil des solothurnischen Obergerichts in SJZ 12/267, Nr. 217; Urteile des zürcherischen Obergerichts in SJZ 17/75, Nr. 14 = BIZR 29/Nr. 22; SJZ 9/244 ff = BIZR 12/Nr. 189, S. 305 ff. In seinem zuletzt erwähnten Entscheid hat das zürcherische Obergericht die Meinung, wonach die Kantone zur Aufstellung einer Gerichtsstandsnorm für das Abänderungsverfahren zuständig seien, nicht nur damit begründet, dass diese Zuständigkeit infolge Fehlens einer bundesrechtlichen Norm gegeben sei, sondern hat ausserdem zur Begründung seiner Ansicht irrtümlicherweise eine Auslegung des zur Einführung des ZGB vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement an die Kantone gerichteten Memorials vom 24. Juli 1908 — vgl. BBl 1908 IV 503 ff — vorgenommen. Da es sich aber bei diesem Memorial bloss um die Auffassung eines Beamten des Justizdepartements und nicht um ein Gesetz, d. h. nicht um eine generell abstrakte Norm, die auf dem Wege der Gesetzgebung zustande gekommen ist, handelt, kann dieses Memorial für ein Gericht nicht verbindlich sein. Ob das Obergericht dieses Memorial ausserdem richtig ausgelegt hat, ist eine Frage, auf die in diesem Zusammenhang nicht eingetreten werden kann.

12) EGZGB genannt.

13) Nur wenige Kantone stellten eine besondere Gerichtsstandsbestimmung für das Abänderungsverfahren auf; so *Thurgau*: EGZGB § 42: Wohnsitz des Beklagten — Mitteilung des Präsidenten des thurgauischen Obergerichts, *St. Gallen*: EGZGB Art. 69: Gericht, das als letzte kantonale Instanz die abzuändernde Entscheidung getroffen hat — Mitteilung des Gerichtsschreibers des Obergerichts des Kantons St. Gallen, *Waadt*: EGZGB Art. 21 in Verbindung mit ZPO Art. 410, Abs. 1 und Art. 411: Gericht, das das Scheidungsurteil ausgesprochen hat — Mitteilung des Gerichtsschreibers des Obergerichts des Kantons Waadt, *Luzern*: § 51 des Gesetzes über das Zivilrechtsverfahren von 1895: Wohnsitz des Beklagten für persönliche Klagen. Welcher dieser beiden Gerichtsstände für das Abänderungsverfahren Anwendung fand, lässt sich heute nicht mehr feststellen — Mitteilung des Obergerichtsschreibers des Obergerichts des Kantons Luzern.

kantonalen Regelungen führte jedoch bald zu Kompetenzkonflikten¹⁴, und das Bundesgericht sah sich zu deren Verhütung gezwungen, eine Gerichtsstandsnorm von Bundes wegen aufzustellen. Danach ist bei interkantonalen Kompetenzkonflikten zur Beurteilung von Abänderungsbegehren der Richter am Wohnsitz des Beklagten zuständig¹⁵.

Schon vier Jahre später ging das Bundesgericht noch einen Schritt weiter, indem es erklärte, dass der Gerichtsstand für Abänderungsverfahren allgemein bundesrechtlich geregelt sei, dass also die Kantone nicht nur im Falle eines Kompetenzkonfliktes, sondern überhaupt von der Normierung des Gerichtsstandes für das Abänderungsverfahren ausgeschlossen seien. Nach der Meinung des Bundesgerichts gilt in diesen Fällen der allgemeine Gerichtsstand am Wohnort des Beklagten¹⁶.

Zur Begründung seiner Auffassung stellte das Bundesgericht namentlich auf prozessuale Momente ab und führte aus, dass der Scheidungsprozess mit dem Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils sein Ende erreiche. Ein späterer Rechtsstreit auf Abänderung des Scheidungsurteils stelle prozessual ein neues, vom Scheidungsprozess unabhängiges Verfahren dar. Dies sei schon durch die Tatsache bewiesen, dass die Identität des geltend gemachten Anspruches mit dem vorhergehenden Rechtsstreit niemals nach-

Von den übrigen Kantonen haben einige hinsichtlich des Gerichtsstandes für die Ehescheidungsklage im EGZGB einen ausdrücklichen Vorbehalt gemacht, so z. B. Solothurn in EGZGB § 2. In allen übrigen Kantonen hingegen beschränkte man sich auf den Hinweis, dass in allen Fällen, in denen von Bundesrechts wegen keine Gerichtsstandsnorm aufgestellt worden sei, der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten zur Anwendung komme.

Nun ist auch noch denkbar, dass für das Abänderungsbegehren in beiden Gruppen entweder der allgemeine Gerichtsstand Geltung habe, oder dass das Abänderungsverfahren als eine Fortsetzung des Ehescheidungsprozesses betrachtet und damit die Zuständigkeit des Scheidungsrichters statuiert wurde — so z. B. Bern, durch Auslegung des Art. 4 EGZGB.

Schliesslich wäre auch denkbar, dass das Abänderungsverfahren gleichsam als eine erweiterte Ehescheidung betrachtet wurde und dass infolgedessen der vom Bundesgesetzgeber aufgestellte Gerichtsstand für die Ehescheidungsklage auch für das Abänderungsbegehren Anwendung finde — so z. B. § 60 des solothurnischen EGZGB.

Da es jedoch zu weit führen würde, auf alle diese Detailfragen näher einzutreten, bleibe diese Darlegung auf eine kurze Skizzierung der verschiedenen Gerichtsstände beschränkt.

14) In der Regel handelt es sich bei diesen Konflikten um sogenannte negative Kompetenzkonflikte, d. h. darum, dass sich von mehreren Richtern verschiedener Kantone keiner zuständig erklärt. Dafür, dass das Bundesgericht auch über einen positiven Kompetenzkonflikt — mehrere Richter erklären sich gleichzeitig für zuständig — zu entscheiden hatte, scheint kein Beispiel bekannt zu sein. Burckhardt nennt in seinem Kommentar zu Art. 4 BV, S. 50, in abstrakter Weise einzig den Fall, dass „eine Behörde in willkürlicher Weise die Rechtshängigkeit oder die rechtskräftig ergangene Entscheidung missachten würde, oder ... eine ihm nicht zustehende Gerichtsbarkeit in Anspruch nimmt“. Ein konkretes Beispiel eines solchen positiven Kompetenzkonfliktes ist aber auch bei ihm nicht zu finden.

15) BGE 42 I 330 ff.

16) BGE 46 II 333 ff.

gewiesen werden könne, und dass anderseits das Abänderungsverfahren auf neuen Tatsachen beruhe, die in einem neuen Beweisverfahren festzustellen seien.

Mit dieser Begründung wurden die Kantone von Bundesrechts wegen unter Hinweis auf die derogatorische Kraft des Bundesrechts von der Regelung dieser Gerichtsstandsfrage ausgeschlossen.

Trotz dieser scheinbar eindeutigen Stellungnahme des Bundesgerichtes wurden immer wieder Stimmen laut, von denen die einen sich gegen die Zuständigkeit des Bundes wandten und für die Zuständigkeit der Kantone zur Regelung des Gerichtsstandes für Abänderungsbegehren eintraten¹⁷, während die anderen zwar die Zuständigkeit des Bundes anerkannten, aber die Meinung vertraten, dass der Scheidungsrichter¹⁸ resp. der Richter am Wohnsitz des Klägers¹⁹ das Abänderungsbegehren zu beurteilen habe.

Unbeachtet dieser Kritik hielt das Bundesgericht im allgemeinen an seiner Praxis fest, sah sich aber veranlasst, bei Abänderung von Scheidungsurteilen auf Grund des internationalen Privatrechts von seinem Grundsatz, wonach der Richter am Wohnsitz des Beklagten zur Beurteilung des Abänderungsbegehrens zuständig sei, abzuweichen²⁰. So erklärte es beispielsweise den Richter am Wohnsitz des Klägers für zuständig, wenn die Ehe von Ausländern oder Schweizern in der Schweiz geschieden wurde, sobald der die Abänderung begehrende Ehegatte weiterhin in der Schweiz wohnte²¹, der andere Ehegatte aber seinen Wohnsitz im Ausland hatte. In beiden Fällen begründete das Bundesgericht die Zuständigkeit des Richters am Wohnsitz des Klägers vornehmlich mit einem bestehenden sachlichen Zusammenhang zwischen Ehescheidung und Abänderung und führte aus: „Allein wenn auch nach der Rechtssprechung des Bundesgerichtes das Verfahren über Klagen aus Art. 157 ZGB gegenüber dem Scheidungsprozess, der zum abzuändernden Urteil geführt hat, prozessual ein neues Verfahren darstellt (42 I 334 ff.; 46 II 330 ff.), so kann doch nicht verkannt werden, dass hier wie dort die Scheidungsfolgen in Frage stehen, und es sich daher auch bei einer Klage auf Abänderung eines Scheidungsurteils um die Scheidung im weiteren Sinne handelt.“²²

Nachdem jedoch anerkanntermassen die Scheidungen von Ausländern in der Schweiz nach schweizerischem Recht durchgeführt und infolgedessen auch die Nebenfolgen nach schweizerischem Recht geregelt werden²³, und nachdem auch die Scheidung eines Schweizers im Ausland nach schweizerischem Recht durchgeführt werden kann²⁴, erscheint es widerspruchsvoll,

17) SJZ 17/25, Nr. 14 — BlZR 29/Nr. 22; Danneegger, S. 299.

18) Gmür, 1. Aufl., zu Art. 157 ZGB, N. 4.

19) Stauffer, S. 52.

20) BGE 51 II 96 und 108; 61 II 225; 63 II 70.

21) BGE 51 II 108 und 96

22) BGE 51 II 97.

23) SchlTZGB Art. 59 7 h Abs. 3.

24) SchlTZGB Art. 59 7 g Abs. 1.

wenn das Bundesgericht für die Abänderungen im internationalen Privatrecht ein anderes Forum schafft als für Abänderungen nach schweizerischem Recht.

Diese verschiedene Stellungnahme des Bundesgerichts in der gleichen Sache macht es deshalb notwendig, die Frage des Gerichtsstandes bei Abänderung von Scheidungsurteilen grundsätzlich abzuklären, was Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein soll.

§ 2. Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechts und des materiellen Rechts

I. Grundsätzliche Kompetenzabgrenzung

Eine allgemeine Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts findet sich in Art. 64 der Bundesverfassung — Fassung vom 21. Dezember 1898 —. Danach ist „der Bund zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt“¹, während die „Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung . . . wie bis anhin den Kantonen“ verbleiben². Mit dieser Bestimmung beabsichtigte der Verfassungsgesetzgeber, die Autonomie der Kantone auf dem Gebiete des Prozessrechtes deutlich zum Ausdruck zu bringen, nachdem der Verfassungsentwurf von 1872 nicht zuletzt deswegen verworfen worden war, weil gemäss dessen Art. 55 „die Gesetzgebung über das Zivilrecht mit Inbegriff des Verfahrens“ Bundessache hätte sein sollen. Aus diesem Grunde wurde 1874 die Kompetenz des Bundes in bezug auf das Zivilrecht in Art. 64 BV auf einzelne Gebiete eingeschränkt. Im übrigen sah Abs. 2 ausdrücklich vor, dass die Rechtsprechung selbst den Kantonen verbleiben soll, allerdings „mit Vorbehalt der dem Bundesgerichte eingeräumten Kompetenzen“. 1887 wurde dann die Befugnis des Bundes zur Gesetzgebung auch auf den „Schutz neuer Muster und Modelle sowie solcher Erfindungen, welche durch Modelle dargestellt und gewerblich verwertbar sind“ ausgedehnt. 1898 endlich wurde dem Bund generell die Kompetenz zur Legiferierung über das Zivilrecht gegeben, während anderseits gleichzeitig die Befugnis der Kantone auf dem Gebiete des formellen Verfahrensrechts näher umschrieben wurde, indem nicht mehr wie bisher, die Rechtsprechung den Kantonen verbleiben sollte, sondern indem „die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung“ wie bisher den Kantonen verbleiben sollte³. Der Verfassungsgesetzgeber hat hier somit eine

1) Art. 64 BV, Abs. 2.

2) Art. 64 BV, Abs. 3.

3) Fritzsche sieht darin eine Ergänzung — vgl. Schurter und Fritzsche I/421 —. Ob es sich hier um eine Ergänzung handelt, erscheint allerdings fraglich. Dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes gemäss ergibt sich durch

Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen in dem Sinne getroffen, dass er einerseits dem Bunde das materielle Zivilrecht, den Kantonen hingegen das formelle Verfahrensrecht zuteilt. Obwohl diese Momente allein zu einer umfassenden Kompetenzabgrenzung nicht genügen, können wir uns im Rahmen dieser Arbeit mit der grundsätzlichen Feststellung begnügen, dass die Legiferierung des materiellen Rechts, d. h. über Normen des Verhaltens, dem Bunde, das formelle Recht, d. h. Bestimmungen, die das Verfahren regeln, dagegen den Kantonen zusteht⁴.

II. Ausnahmen

Mit dieser Scheidung des materiellen Rechts vom Verfahrensrecht wollte der Gesetzgeber keineswegs ermöglichen, dass die Kantone ohne Rücksicht auf das eidgenössische materielle Recht beliebig Normen erlassen könnten. Vielmehr sollten die materiellen und die formellen Normen einem gemeinsamen Zwecke dienen und müssen aus diesem Grunde aufeinander abgestimmt werden; das Verfahren soll der Verwirklichung des materiellen Rechts dienen⁵. Aus diesem Grunde hat der Bund dort, wo es ihm notwendig erschien, die Kompetenz der Kantone, Verfahrensnormen zu erlassen, beschränkt, und selbst — sei es in der Verfassung oder in der Gesetzgebung — solche prozessuale Bestimmungen aufgestellt. Er ist dazu schon nach dem Wortlaut des Art. 64 BV ermächtigt, wonach die Kantone bei der Legiferierung im Gebiete des Prozessrechts auf den ihnen „bis anhin“ zugestandenen Umfang beschränkt werden⁶.

Mit dieser Klausel „wie bis anhin“ sollte zunächst angedeutet werden, dass die prozessrechtlichen Bestimmungen, die der Bund schon vor Erlass des Art. 64 BV in der heutigen Fassung aufgestellt hatte, auch weiterhin bundesrechtliche Normen bleiben sollen; diese Klausel ist somit zunächst historisch zu verstehen. Darüber hinaus aber wollte der Verfassungsgesetzgeber noch zum Ausdruck bringen, dass der Bund in Zukunft auch dort prozessrechtliche Normen in sein materielles Recht aufnehmen könne, wo es ihm zur Garantierung der Durchführung seines materiellen Rechts dienlich erscheint⁷.

Umkehrung, dass alles, was nicht bundesrechtlich geregelt ist, von den Kantonen geregelt werden kann. Wenn früher das Bundesrecht keine Norm über das Zivilprozessrecht aufgestellt hat, sei es ausdrücklich, sei es, dass es sich durch Auslegung ergab, konnten somit die Kantone schon damals darüber legiferieren, auch ohne dass dies bundesrechtlich ausdrücklich vorgeschrieben worden wäre. Somit scheint es sich hier eher um eine genauere Umschreibung der kantonalen Kompetenzen als um eine Ergänzung zu handeln.

4) Burckhardt in ZBJV, S. 319.

5) Burckhardt in ZBJV, S. 320.

6) Art. 64, Abs. 2 BV: „Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben, wie anhin den Kantonen.“

7) Schurter und Fritzsche I/421 ff; Burckhardt, Kommentar, S. 589 ff.

1. Bundesrechtliche Verfahrensnormen in der Verfassung

Schon der Wortlaut des Art. 64 Abs. 3 BV deutet darauf hin, dass die Bundesverfassung bereits vor Erlass dieses Artikels Verfahrensnormen enthalten hat⁸, die teils verändert, teils unverändert auch in der heute geltenden Verfassung wiederzufinden sind.

So bestimmte Art. 48 der Bundesverfassung von 1848, dass sämtliche Kantone verpflichtet seien, „alle Schweizerbürger christlicher Konfession in der Gesetzgebung sowohl als im gerichtlichen Verfahren den Bürgern des eigenen Kantons gleich zu halten“.

Diese Norm hat die Meinung, dass sich die Kantone bei der Aufstellung von prozessrechtlichen Bestimmungen vom Grundsatz der Rechtsgleichheit leiten lassen sollten. Schon im Jahre 1866 erfuhr aber diese Regelung eine Erweiterung dahingehend, dass sich die gleiche Behandlung nicht nur auf Schweizerbürger christlicher Konfession, sondern auf alle Schweizer erstrecken sollte.

Der Vollständigkeit halber — es handelt sich hier nicht eigentlich um das Prozessrecht, sondern um eine die Vollstreckung beschlagende Norm — sei noch erwähnt, dass gemäss Art. 49 BV von 1848 die Kantone gehalten waren, die rechtskräftigen Zivilurteile, die in einem andern Kanton gefällt wurden, zu vollziehen. In der heutigen Verfassung findet sich diese Bestimmung in Art. 61 unverändert wieder.

In Art. 50 endlich hat der Verfassungsgesetzgeber eine Gerichtsstandsnorm für den schweizerischen aufrechtstehenden Schuldner aufgestellt. Sofern dieser einen festen Wohnsitz hatte, musste er „für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht“ werden, und es durfte „für Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in welchem er wohnte, kein Arrest gelegt werden“. Im Gegensatz zu der Verfassungsnorm aus dem Jahre 1848 wird im heute geltenden Art. 59 nicht mehr nur der schweizerische, sondern jeder „aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat“ geschützt. Für Ausländer bleiben eventuell bestehende Staatsverträge vorbehalten.

Als ganz neue, das Prozessrecht beschlagende Bestimmung kam der Art. 58 in die Bundesverfassung von 1874. Der eidgenössische Verfassungsgesetzgeber verbietet darin den Kantonen die Errichtung von Ausnahmegerichten, d. h. solchen Gerichten, die nicht verfassungs- oder gesetzmässig, sondern ad hoc gebildet worden sind. Jeder Bürger soll ein Recht auf den vom Gesetz oder von der Verfassung eingesetzten Richter⁹ haben; ausserdem soll die geistliche Gerichtsbarkeit abgeschafft werden¹⁰.

8) Art. 48—50 der Bundesverfassung von 1848.

9) Art. 58, Abs. 1 BV.

10) Art. 58, Abs. 2 BV.

2. Verfahrensbestimmungen in der Bundesgesetzgebung

a. *Im allgemeinen:* Trotz der verfassungsrechtlichen Kompetenzabgrenzung, wonach die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung den Kantonen wie bis anhin verbleiben sollen, hat der Bund über die wenigen allgemeinen Prinzipien in der Bundesverfassung hinaus auch auf der Gesetzesstufe direkt in das Prozessrecht der Kantone eingegriffen. Der Gedanke war offenbar der, dass der Bund dort, „wo er zur Regelung des materiellen Rechtes die Kompetenz besitzt, auch befugt ist, diejenigen Bestimmungen aufzustellen, welche zur Garantie der Durchführung seiner Normen in den Kantonen erforderlich sind“¹¹.

Solche eidgenössische Verfahrensnormen finden sich vor allem im ZGB¹², OR¹³ und SchKG¹⁴. Auch wenn, wie vorn¹⁵ gezeigt, die Kantone für die Regelung des Prozessrechtes allein zuständig sind, soweit die Bundesverfassung diese Kompetenz nicht ganz oder teilweise dem Bunde übertragen hat, so sind die vom Bunde auf der Gesetzesstufe erlassenen prozessrechtlichen Bestimmungen für die Kantone dennoch verbindlich. Dies ergibt sich aus dem Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes gegenüber dem kantonalen Recht in Verbindung mit dem Ausschluss des richterlichen Prüfungsrechts der Bundesgesetze bezüglich ihrer Verfassungsmässigkeit.

b. *Verfahrensnormen im Scheidungsrecht im besonderen:* Im vierten Titel des ZGB hat der Bundesgesetzgeber zwei Artikel prozessrechtlichen Inhaltes aufgestellt. Die eine Bestimmung regelt die örtliche Zuständigkeit¹⁶ für die Anhebung der Scheidungsklage, die andere stellt Grundsätze hinsichtlich des Verfahrens¹⁷ auf.

Gemäss der Gerichtsstandsbestimmung des vierten Titels des ZGB ist die Scheidungsklage beim Richter des Wohnortes des klagenden Ehegatten einzureichen. Diese Regelung hat der Bundesgesetzgeber in erster Linie getroffen, um zu verhindern, dass ein Kanton den Richter am Wohnort des beklagten Ehegatten für zuständig erklären könne, was zur Folge haben würde, dass sich ein Ehegatte durch Verlegen seines Wohnsitzes ins Ausland der Klage entziehen könnte. Dann würde die ordentliche Handhabung des im Bundesrecht vorgesehenen Scheidungsrechtes in Frage gestellt und unter Umständen Verhältnisse geschaffen, die mit den im Zivilgesetzbuch verankerten Anschauungen über die Ehe unvereinbar wären. Aus diesem

11) Reichel, S. 101.

12) Art. 8, 136, 144, 158, 262, 306, 538, 604, 823, 929 ZGB beispielsweise, im übrigen vgl. Schurter und Fritzsche, S. 461 ff.

13) Art. 46, 139, 274, 454, 502, 513—515, 559, 675, 716 OR beispielsweise, im übrigen vgl. Schurter und Fritzsche, S. 461 ff.

14) Art. 46—55, 59, 111, 148, 181, 250, 265, 279, 284 SchKG beispielsweise, im übrigen vgl. Schurter und Fritzsche, S. 461 ff.

15) S. 11.

16) Art. 144 ZGB.

17) Art. 158 ZGB.

Grunde rechtfertigt sich hier die Aufstellung einer prozessrechtlichen Norm durch den Bund.

In Art. 158 ZGB hat der Bundesgesetzgeber grundsätzlich die Regelung des Scheidungsverfahrens den Kantonen überlassen, sich jedoch vorbehalten, selbst einige Verfahrensnormen aufzustellen. Dazu glaubte er sich ermächtigt, da in einzelnen Kantonen die Ehescheidungen in erschreckendem Masse zugenommen hatten. Der Bundesgesetzgeber hoffte dadurch, dass er den Richter in einer für alle Kantone verbindlichen Weise auf die Offizialmaxime verpflichtete, die Zahl der Ehescheidungen erheblich reduzieren zu können¹⁸. Von Bundesgesetz wegen sollte inskünftig der Richter nicht ausschliesslich auf die Parteiaussagen abstellen, sondern sich von den vorgebrachten Tatsachen selbst überzeugen¹⁹.

Art. 144 ZGB passierte die Beratungen der Gesetzesvorlage diskussionslos, da schon das Zivilstands- und Ehegesetz den Gerichtsstand für die Anhebung der Scheidungsklage geregelt hatte²⁰ und dieser Artikel somit nichts Neues darstellte. Gegen die Aufstellung von Verfahrensvorschriften im ZGB aber wurden einige Bedenken bezüglich ihrer Verfassungsmässigkeit geäussert²¹. Nach längerer Diskussion wurde dieser Art. 158 schliesslich doch in seiner heutigen Fassung in das Gesetz aufgenommen, da er der richtigen Ausgestaltung des Privatrechts diene, das zu ordnen der Bund befugt sei²². Denn erst von der Aufnahme der prozessualen Anordnung könne die richtige Wirkung der materiellen Rechtsordnung erwartet werden²³.

Neben diesen klaren, eindeutig das Prozessrecht beschlagenden Bestimmungen kennt der vierte Teil auch noch Normen, in denen verschiedene Massnahmen in die Kompetenz des Richters gewiesen werden. Dabei ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes für die meisten Bestimmungen, welcher Richter örtlich zuständig ist, indem viele der vorgesehenen Massnahmen allein im Rahmen des Scheidungs- oder Trennungsprozesses verlangt und getroffen werden müssen. Wesentlich unklarer gestaltet sich die Gerichtsstandsfrage dort, wo es sich um Massnahmen oder ein Verfahren irgendwelcher Art handelt, die nicht unmittelbar mit dem hängigen Scheidungs- oder Trennungsprozess verwoben sind²⁴; dazu gehören die Durchführung einer Ehescheidung nach Ablauf der Trennungszeit²⁵ und die Abänderung von Scheidungsurteilen hinsichtlich der Unterhaltsrente²⁶ sowie der Gestaltung der Elternrechte^{27, 28}.

18) Erläuterungen, S. 147, Sten. Bull. 15/634.

19) Art. 158 ZGB; Guldener, I/118.

20) Art. 43 ZEG.

21) Sten. Bull. 15/642, Votum Ruthy.

22) Sten. Bull. 15/647, Votum Huber.

23) S. 12.

24) Art. 148, 153 und 157 ZGB.

25) Art. 148 ZGB.

26) Art. 153 Abs. 2 ZGB.

27) Art. 157 ZGB.

Während die bundesgerichtliche Praxis in bezug auf Art. 148 ZGB den Grundsatz aufgestellt hat, dass für die Ehescheidung nach Ablauf der Trennungszeit wieder die Gerichtsstandsnorm des Art. 144 ZGB angewendet werde, dass also der Richter am Wohnsitz der klagenden Partei zur Beurteilung dieser Frage zuständig sei²⁹, besteht bezüglich des Forums für das Abänderungsverfahren noch einige Unklarheit, wie bereits in der Einleitung festgestellt wurde³⁰. Im folgenden ist daher zu untersuchen, ob der Bund bereits über den Gerichtsstand bei der Abänderung von Scheidungsurteilen legiferiert hat oder ob die Kantone hierzu zuständig sind. Dabei ist von dem Grundsatz auszugehen, dass jede in der Bundesverfassung oder der Bundesgesetzgebung aufgestellte Bestimmung für die Kantone verbindlich ist und dass diese alle dem Bundesrecht widersprechenden kantonalrechtlichen Normen ausser Kraft setzt.

28) In bezug auf die zuletzt genannte Regelung ist nicht nur die örtliche Zuständigkeit streitig, sondern auch die funktionelle, indem Unklarheit darüber besteht, ob ausschliesslich der Richter zur Abänderung befugt ist, oder ob auch die Vormundschaftsbehörde ein Scheidungsurteil abändern könne. Vgl. darüber beispielsweise BGE 47 II 380; 48 II 303; 51 II 3; 53 II 193; 54 II 71 ff; 56 II 79 ff; 63 II 70; 69 II 130.

29) BGE 42 I 148 ff.

30) S. 10 f.

Erster Teil

Die Gerichtsstandsnormen in der Bundesverfassung

§ 3. Frage der Anwendbarkeit von Art. 59 BV

Als einzige ausdrücklich normierte Gerichtsstandbestimmung kennt die Bundesverfassung den Art. 59.

Wie bereits weiter vorn¹ dargetan worden ist, wollte der Verfassungsgeber mit dieser Norm den aufrechtstehenden Schuldner schützen, der in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat. Dieser soll für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden; auf sein Vermögen darf ausser in dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden.

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung stellt sich zunächst die Frage, ob Art. 59 BV auch auf die Regelung des Gerichtsstandes bei der Abänderung von Scheidungsurteilen Anwendung findet, ob also der Richter am Wohnsitz des Beklagten zuständig ist, ein Abänderungsbegehren zu beurteilen. Zur Beantwortung dieser Frage ist eine Auslegung des hier zur Diskussion stehenden Verfassungsartikels notwendig.

I. Interkantonale Anwendung von Art. 59 BV

Dieser Verfassungsartikel schützt den aufrechtstehenden Schuldner nur interkantonalt². Das will heissen, dass es den Kantonen unbenommen bleibt, innerhalb ihres Gebietes für den aufrechtstehenden Schuldner eine von Art. 59 abweichende Gerichtsstandsbestimmung aufzustellen. Aus diesem Grunde kann dieser bundesrechtlichen Gerichtsstandsnorm keine allgemeine Geltungskraft zukommen.

II. Zweck des Art. 59 BV

Art. 59 BV bezweckt den Schutz des Schuldners. In den Genuss dieses Schutzes kommt der Schuldner jedoch nur, wenn er die beklagte Partei ist³. Dieser Verfassungsartikel will in erster Linie den beklagten Schuldner davor bewahren, bei Bedrängung durch seine Gläubiger ausserhalb seines

1) S. 13.

2) BGE 69 I 7; Burckhardt, Kommentar zu Art. 59 BV, S. 541; Fleiner/Giacometti, S. 857; Schurter und Fritzsche, S. 438.

3) Burckhardt, Kommentar zu Art. 59 BV, S. 540.

Wohnkantons Recht zu suchen und als Ortsfremder Benachteiligung zu riskieren⁴. Ob dieser Art. 59 auch auf Abänderungsbegehren angewendet werden kann, ist fragwürdig. Denn wie im folgenden noch eingehender dargestellt werden soll, ist in den meisten Fällen nicht der Schuldner, sondern vielmehr der Gläubiger der Beklagte.

1. Die Änderung von Renten gemäss Art. 153 ZGB

Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann eine Rente lediglich herabgesetzt oder aufgehoben werden⁵. Von einer Erhöhung sagt das Gesetz nichts. Wie aber in anderem Zusammenhang⁶ noch eingehender darzustellen sein wird, sollte unter ganz bestimmten Voraussetzungen auch eine Erhöhung der Rente zugelassen werden. Aus diesem Grunde sind hier sowohl die Herabsetzung resp. Aufhebung der Rente, als auch deren Erhöhung zu berücksichtigen.

a. Die Herabsetzung der Rente: Bereits aus dem Wortlaut des Art. 153 Abs. 2 ZGB geht hervor, dass eine Rente nur auf Verlangen des pflichtigen Ehegatten, also des Schuldners, herabgesetzt resp. aufgehoben werden kann. Dies bedeutet, dass von Gesetzes wegen der Schuldner die klagende und nicht die beklagte Partei ist. Da jedoch für die Anwendung der verfassungsrechtlichen Gerichtsstandsnorm vorausgesetzt wird, dass der Schuldner und nicht der Gläubiger die beklagte Partei sei, kann die verfassungsrechtliche Gerichtsstandsnorm auf alle Abänderungsbegehren, die eine Herabsetzung resp. Aufhebung der Rente bezwecken, nicht angewendet werden.

b. Erhöhung der Rente: Hingegen tritt im Falle einer Erhöhung der Rente der Rentenberechtigte, also der Gläubiger, als Antragsteller auf, während der Rentenpflichtige, also der Schuldner, Beklagter ist. Aus diesem Grunde sind die Voraussetzungen zur Anwendung des Art. 59 BV gegeben.

2. Die Änderung des Kinderzuteilungsdispositivs gemäss Art. 157 ZGB

Der Umstand, dass Art. 59 BV nur den beklagten Schuldner schützen will, deutet darauf hin, dass dieser Verfassungsartikel lediglich auf Prozesse vermögensrechtlichen Inhalts Anwendung findet⁷. Das Kinderzuteilungsdispositiv kann jedoch in allen Punkten abgeändert werden, die der Richter im Scheidungsurteil geregelt hat⁸. Infolgedessen muss Art. 59 BV von vornherein ausgeschlossen werden, sofern das Abänderungsbegehren auf Ände-

4) Schurter und Fritzsche, S. 29 ff.

5) Art. 153, Abs. 2 ZGB.

6) S. 75 f.

7) S. 19 f.

8) Michel, S. 37.

rung der Gestaltung der Elternrechte im eigentlichen Sinne⁹ oder auf Änderung des Besuchsrechtes¹⁰ gerichtet ist. Somit ist hier nur noch zu untersuchen, ob Art. 59 BV auf die Änderung der Kinderalimente¹¹ Anwendung finden kann.

Der Gesetzgeber hat zur Abänderung eines Kinderzuteilungsdispositivs ganz allgemein dem Vater, der Mutter oder der Vormundschaftsbehörde ein auf Abänderung gerichtetes Antragsrecht eingeräumt, ohne Rücksicht darauf, ob die klagende Partei Schuldner oder Gläubiger ist. Daher sind sowohl Fälle denkbar, in welchen der eine Abänderung Begehrende Schuldner ist, als auch solche, in welchen der Beklagte Schuldner ist.

Die klagende Partei wird in denjenigen Fällen Schuldner sein, in welchen eine Herabsetzung der Unterhaltsrente erstrebt wird; es hat nur die klagende, niemals aber die beklagte Partei ein Interesse an einer Herabsetzung. Da somit in diesen Fällen wiederum der Schuldner Kläger und nicht Beklagter ist, kann die von Verfassungs wegen aufgestellte Gerichtsstandsbestimmung keine Anwendung finden.

Hingegen ist in den Fällen, in welchen das Kind, resp. sein Stellvertreter¹², eine Erhöhung der Unterhaltsrente begehrt, die beklagte Partei Schuldner. Daher dürfte die Anwendung des Art. 59 BV in Frage kommen; denn einzig und allein unter diesen Voraussetzungen vermag Art. 59 BV seinen Zweck, nämlich den Schutz des Schuldners, zu erreichen.

III. Die Auslegung einiger Begriffe des Art. 59 BV

Die Anwendung dieser Verfassungsnorm ist aber nicht nur zu verneinen, weil bei den Begehren um Abänderung Art. 59 seinen Zweck in den meisten Fällen nicht zu erreichen vermag, sondern auch, weil das Abänderungsverfahren nicht unter die einzelnen Begriffe dieser Verfassungsnorm subsumiert werden kann.

1. Die persönliche Ansprache

Als persönliche Ansprache im Sinne von Art. 59 BV gelten die privatrechtlichen, d. h. die persönlichen und vermögensrechtlichen, nicht aber die dinglichen Klagen, wie beispielsweise die Eigentums- und Besitzesklage sowie die personenrechtlichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Klagen¹³. In bezug auf die familienrechtliche Klage insbesondere hat die bundesgerichtliche Praxis jedoch erkannt, dass vermögensrechtliche Klagen, die das Familienrecht lediglich als Grundlage haben, noch als persönliche

9) Art. 156, Abs. 1 ZGB.

10) Art. 156, Abs. 3 ZGB.

11) Art. 156, Abs. 2 ZGB.

12) Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt.

13) Fleiner/Giacometti, S. 859 und die dort zitierte Literatur und Praxis.

Ansprache im Sinne dieser Verfassungsbestimmung zu betrachten seien. Demzufolge ist die Anwendung der verfassungsrechtlichen Gerichtsstandsnorm in diesem Falle nicht auszuschliessen¹⁴.

Je nachdem die Abänderungsklage eine familienrechtliche Klage im engeren Sinne oder eine vermögensrechtliche Klage auf familienrechtlicher Grundlage ist, muss der Gerichtsstand des Art. 59 ausgeschlossen werden.

Familienrechtliche Klagen im engeren Sinne sind zweifellos die Begehren um Abänderung der Gestaltung der Elternrechte in bezug auf die Elternrechte selbst und bezüglich des Besuchsrechtes¹⁵. Schwierigkeiten bietet einzig die Frage, ob auch das Abänderungsbegehren in bezug auf die Abänderung von Bedürftigkeitsrenten gemäss Art. 153 Abs. 2 ZGB und hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge an die Kinder gemäss Art. 157 ZGB als persönliche Ansprache im Sinne des Art. 59 BV zu gelten hat. In beiden Fällen hat der Richter über rein vermögensrechtliche Leistungen zu befinden, die allerdings familienrechtlich fundiert sind. Für die vermögensrechtliche Natur dieser Begehren spricht nicht nur die Tatsache, dass Vermögenswerte zur Diskussion stehen, sondern auch der Umstand, dass nach der bundesgerichtlichen Praxis solche Abänderungsbegehren als vermögensrechtliche und nicht als familienrechtliche betrachtet werden. So entschied das Bundesgericht, dass die Weiterziehung solcher Abänderungsbegehren an das Bundesgericht von der Höhe des Streitwertes abhängig sei¹⁶.

Somit kann das Abänderungsverfahren nur soweit unter den Begriff der persönlichen Ansprache subsumiert werden, als vermögensrechtliche Fragen zu beurteilen sind. In den übrigen Fällen ist eine Subsumption unter diesen Begriff ausgeschlossen.

2. Der aufrechtstehende Schuldner

Unter „aufrechtstehendem Schuldner“ ist der zahlungsfähige Schuldner zu verstehen, also der Schuldner, der tatsächlich in der Lage ist, seine

14) BGE 5/S. 23; 35 I 68.

15) Der Wortlaut des Art. 157 sagt allerdings nicht, worin die Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs des Scheidungsurteils bestehen soll. Im Zusammenhang mit dem Wortlaut des Art. 156 ZGB ergibt sich jedoch, dass jeder Punkt, der Gegenstand der Gestaltung der Elternrechte gemäss Art. 156 ZGB war, ebenso Gegenstand einer nachträglichen Abänderung sein kann. Somit kann das Scheidungsurteil bezüglich der Gestaltung der Elternrechte sowohl in Hinsicht auf die Neugestaltung der Elternrechte selbst, als auch in bezug auf das Besuchsrecht — Art. 156, Abs. 3 ZGB — als auch bezüglich der Unterhaltsleistungen — Art. 156, Abs. 2 ZGB — abgeändert werden; vgl. Gmür zu Art. 157, N. 7 ZGB; Egger zu Art. 157 N. 9 ZGB.

16) BGE 69 II 148 ff: Das Bundesgericht hat diese Frage allerdings nur im Zusammenhang mit der Abänderung von Unterhaltsrenten an die Kinder entschieden. Da es sich aber in beiden Fällen um ähnliche Ansprüche mit familienrechtlichem Charakter handelt, kann ohne weiteres angenommen werden, dass Gleiches gelten kann bezüglich der Bedürftigkeitsrente.

Gläubiger zu befriedigen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er objektiv zahlungsfähig ist oder nicht. Auch der Schuldner, der z. B. mit fremder Hilfe solvent ist, gilt als aufrechtstehend, selbst wenn er überschuldet ist. Demgegenüber ist derjenige Schuldner, dessen Aktiven zwar die Passiven überschreiten, der aber seine Mittel nicht flüssig machen kann, nicht mehr aufrechtstehend im Sinne von Art. 59 BV¹⁷.

Der Begriff „aufrechtstehender Schuldner“ deutet somit darauf hin, dass durch diese Verfassungsbestimmung lediglich vermögensrechtliche Begehren geschützt werden. Demzufolge müssen von vorneherein alle Begehren ausgeschlossen werden, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind, also die Begehren, welche die Elternrechte und das Besuchsrecht betreffen. In bezug auf die anderen Abänderungsbegehren aber muss zunächst unterschieden werden zwischen Begehren um Abänderung von Bedürftigkeitsrenten gemäss Art. 153 Abs. 2 ZGB und Begehren um Abänderung der Unterhaltsleistungen an die Kinder gemäss Art. 157 ZGB.

a. Änderung von Bedürftigkeitsrenten:

aa. Herabsetzung der Bedürftigkeitsrente: Aus dem Wortlaut des Art. 153 Abs. 2 ZGB ergibt sich, dass nur der Schuldner, also der pflichtige Ehegatte, eine Herabsetzung, bzw. Aufhebung der Rente verlangen kann. Die Tatsache, dass eine Änderung ausserdem nur herbeigeführt werden kann, wenn die Bedürftigkeit nicht mehr besteht oder in erheblichem Masse abgenommen hat, oder wenn die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen der Höhe der zu leistenden Rente nicht mehr entsprechen, bedeutet noch keineswegs, dass der pflichtige Ehegatte nicht mehr aufrechtstehend im Sinne des Art. 59 BV ist, was eher für als gegen die Anwendung der erwähnten Verfassungsbestimmung sprechen würde. Trotzdem muss aber die Anwendung dieses Verfassungsartikels verneint werden, da hier der Schuldner nicht der Beklagte, sondern der Kläger ist und Art. 59 seinen Zweck nicht zu erreichen vermag.

bb. Erhöhung der Bedürftigkeitsrente: Sofern eine Erhöhung der Rente begehrt wird, bekundet der berechtigte, nicht der pflichtige Ehegatte, dass er in finanzieller Notlage ist, indem er vom Pflichtigen, also vom Schuldner, eine Mehrleistung verlangt. Daher ist die hier zur Diskussion stehende Voraussetzung für die Anwendung des Art. 59 BV gegeben.

b. Änderung von Unterhaltsrenten an die Kinder gemäss Art. 157 ZGB:

Bei einer Änderung des Scheidungsurteils in bezug auf eine Leistung kann gegen die Anwendung des Verfassungsartikels wiederum das gleiche vorgebracht werden wie unter „a. Änderung der Bedürftigkeitsrente“. Die Tatsache, dass der Schuldner mit dem Hinweis auf die Unmöglichkeit weiterer Zahlungen eine Herabsetzung oder Aufhebung begehrt, bedeutet noch nicht, dass er nicht mehr aufrechtstehend ist im Sinne von Art. 59 BV, was für die Anwendung dieses Verfassungsartikels sprechen würde. Da

17) Burckhardt, Kommentar zu Art. 59 BV, S. 542.

aber in diesen Fällen wiederum der pflichtige Elternteil Kläger und nicht Beklagter ist, kann der verfassungsrechtlich normierte Gerichtsstand trotzdem keine Anwendung finden.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass für die Anwendung des Art. 59 BV auf die Abänderungsbegehren die in der Verfassung aufgestellten Voraussetzungen in den wenigsten Fällen gegeben sind. So ist die verfassungsrechtliche Gerichtsstandsnorm zum vornherein auszuschliessen bei die Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs hinsichtlich der Gestaltung der Elternrechte im engeren Sinne¹⁸ und hinsichtlich des persönlichen Verkehrs¹⁹ betreffenden Begehren. Art. 59 BV kann also nur angewendet werden, soweit im Abänderungsverfahren vermögensrechtliche Fragen — Abänderung der Bedürftigkeitsrente aus Art. 152 ZGB und der Kinderalimente aus Art. 156 Abs. 2 ZGB — zur Beurteilung kommen. Aber auch in diesen Fällen findet er nur in beschränktem Rahmen Anwendung: Er muss beispielsweise ausgeschlossen werden bei der Herabsetzung, resp. Aufhebung der Bedürftigkeitsrente sowie bei der Änderung des Kinderzuteilungsdispositivs, soweit der Antrag auf Herabsetzung der Kinderalimente lautet. Somit stehen wir vor der Tatsache, dass Art. 59 BV einzig und allein Anwendung finden kann, sofern eine „Erhöhung“ der Bedürftigkeitsrente aus Art. 153 ZGB oder der Kinderalimente aus Art. 157 ZGB beantragt wird. Das bedeutet, dass die verfassungsrechtliche Gerichtsstandsnorm nur für einen kleinen Teil von Abänderungsbegehren anwendbar ist, während sie für den anderen, überwiegenden Teil, abgelehnt werden muß. Zu welchen Komplikationen dieses Ergebnis führen kann, wird deutlich, wenn man sich den Fall vorstellt, dass ein Begehren um Änderung des Kinderzuteilungsdispositivs des Scheidungsurteils gestellt wird sowohl hinsichtlich des Besuchsrechts als auch in bezug auf die Unterhaltsrente. Ist eine solche Klage als eine vermögensrechtliche zu behandeln, um als solche unter den Begriff der persönlichen Ansprache zu fallen, oder handelt es sich hier um eine familienrechtliche Klage, für welche die Anwendung der verfassungsrechtlichen Gerichtsstandsnorm ausgeschlossen werden muss?

Aus diesem Beispiel geht deutlich hervor, dass die Abänderungsbegehren nicht getrennt werden können in solche vermögensrechtlicher und solche nichtvermögensrechtlicher Natur. Zugunsten einer geordneten Rechtsanwendung sind vielmehr alle Begehren einheitlich zu behandeln. Nachdem für die Mehrheit der Abänderungsbegehren die verfassungsrechtliche Gerichtsstandsnorm ausgeschlossen werden muss, erscheint es als das Nächtliegende, die Anwendung des Art. 59 BV überhaupt bei allen Abänderungsbegehren

18) Art. 156, Abs. 1 ZGB.

19) Art. 156, Abs. 3 ZGB.

zu verneinen, was übrigens auch mit der bundesgerichtlichen Praxis übereinstimmen würde: Das Bundesgericht hat sich dahingehend ausgesprochen, dass der Begriff der persönlichen Ansprache auf familienrechtliche Klagen keine Anwendung finde. Einzig in bezug auf solche familienrechtliche Begehren, die ihrer Natur nach vermögensrechtliche Klagen darstellen, ihren Ursprung aber im Familienrecht haben, hat das Bundesgericht eine Ausnahme gemacht. Aus diesem Grunde scheint eine Einschränkung der Anwendung des Art. 59 BV, durch die er von allen Abänderungsbegehren, auch von denjenigen vermögensrechtlicher Natur, ausgeschlossen wird, gerechtfertigt zu sein.

Ausserdem ist daran zu erinnern, dass, selbst wenn Art. 59 BV auf die Abänderungsbegehren Anwendung finden könnte, diese Gerichtsstandsbestimmung nur interkantonale Geltung hat, also für die innerkantonale Legiferierung über den Gerichtsstand nicht verbindlich ist. Somit wären die Kantone frei, innerhalb ihres Gebietes für die Abänderung von Scheidungsurteilen eine von der Verfassung unabhängige Gerichtsstandsnorm aufzustellen; die verfassungsrechtliche Gerichtsstandsbestimmung hätte lediglich den Charakter einer Kompetenznorm in dem Sinne, wie das Bundesgericht 1916 entschieden hat²⁰.

Mit diesen Ausführungen wurde dargetan, dass es entgegen der Auffassung des Bundesgerichts²¹ nicht zwingend ist, das Abänderungsbegehren am Wohnsitz des Beklagten anzubringen. Damit ist aber noch nicht bewiesen, dass der Bund nicht zuständig wäre, für die Abänderung von Scheidungsurteilen ein Forum zu bestimmen. Wie bereits vorn²² dargestellt worden ist, ist der Bund eben nicht nur zuständig, von Verfassungs wegen in das Prozessrecht der Kantone einzugreifen: Er kann das auch auf dem Wege der Gesetzgebung tun. Daher kann erst nach einer Auslegung des Gesetzes — im vorliegenden Falle des Ehescheidungsrechts im Speziellen — definitiv gesagt werden, ob der Bund die Gerichtsstandsfrage für die Abänderung von Scheidungsurteilen geregelt hat, oder ob die Kantone zuständig sind, über die Frage des Forums zu legiferieren.

20) BGE 42 I 330 ff.

21) BGE 46 II 333 ff.

22) S. 12.

Die Gerichtsstandsnormen im Scheidungsrecht

Nach dem in anderem Zusammenhang aufgezeigten Grundsatz, wonach die Bundesverfassung die Regelung des Verfahrensrechts grundsätzlich den Kantonen überlassen hat, kann man vermuten, ein Bundesgesetz enthalte keine Bestimmungen prozessrechtlichen Inhaltes oder dann nur in möglichst beschränktem Rahmen. Nachdem aber der Bundesgesetzgeber in Art. 144 ZGB eine ausdrückliche Gerichtsstandsnorm für das Scheidungsverfahren aufgestellt hat, erhebt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob er dies nicht auch für die ausserhalb des eigentlichen Scheidungs- oder Trennungsprozesses liegenden, mit dem Ehescheidungsproblem indirekt aber doch sehr eng zusammenhängenden Abänderungsverfahren habe tun wollen — mit anderen Worten, ob Art. 153 Abs. 2 und Art. 157 ZGB eine Bestimmung des Gerichtsstandes involviere oder ob die Regelung der örtlichen Zuständigkeit im Abänderungsverfahren den kantonalen Prozessgesetzen überlassen sei.

Aus dem Wortlaut der Art. 153 Abs. 2 und Art. 157 ZGB, die beide die Abänderungsmöglichkeit von Scheidungsurteilen erwähnen, ergibt sich hierüber nichts. Während in Art. 157 ZGB nur davon die Rede ist, dass der Richter zur Abänderung von Scheidungsurteilen zuständig sein soll, sagt Art. 153 ZGB über die Zuständigkeit der Behörde überhaupt nichts aus. In der Praxis gilt jedoch der Grundsatz, dass hinsichtlich des Gerichtsstandes für die Abänderung eines Scheidungsurteils nach Art. 153 Abs. 2 ZGB die gleichen Grundsätze gelten sollen wie für die Abänderung aus Art. 157 ZGB¹; dies bedeutet, dass bei der Abänderung eines Scheidungsurteils gemäss Art. 153 Abs. 2 ZGB der Richter in gleicher Weise zuständig ist wie bei der Änderung eines Scheidungsurteils aus Art. 157 ZGB.

Nun genügt es aber nicht, bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung eine Lücke oder eine negative Entscheidung anzunehmen und daraus die kantonale Zuständigkeit ableiten zu wollen, wie es beispielsweise das solothurnische Obergericht getan hat². Vielmehr muss bei „Schweigen“ eines Gesetzes durch Auslegung ermittelt werden, ob die gesuchte Norm darin enthalten ist oder nicht³. Die gestellte Frage ist somit einstweilen noch offen.

1) S. 7, N. 8; SJZ 24/218, Nr. 194 und 36/239, Nr. 158.

2) In SJZ 12/267 Nr. 217 hat sich das solothurnische Obergericht auf den Standpunkt gestellt, dass der Gerichtsstand bei Abänderung von Scheidungsurteilen kantonalrechtlich zu regeln sei, mit der Begründung, dass bei Schweigen des Zivilgesetzes das kantonale Prozessrecht massgebend sei. Was unter „Schweigen des Gesetzes“ zu verstehen ist, wurde in diesem Entscheid jedoch nicht näher ausgeführt. Nachdem in der Begründung eine Auslegung des Gesetzes fehlt, scheint die Annahme gerechtfertigt, dass das Obergericht die Ansicht vertritt, dass auch hier der Gesetzgeber eine ausdrückliche Bestimmung über die örtliche Zuständigkeit hätte aufstellen müssen, wie er dies für die örtliche Zuständigkeit zur Anhebung der Scheidungsklage getan hat.

A. Auslegung der die Gerichtsstandsfrage betreffenden Bestimmungen des 4. Titels des ZGB

Im vierten Titel des ZGB: „Die Ehescheidung“, sind für das Abänderungsverfahren zwei mögliche Gerichtsstände erkennbar: Einerseits die Zuständigkeit des ehemaligen Scheidungsrichters¹ und anderseits die Zuständigkeit des Richters am Wohnsitz des Klägers². Die Entscheidung, ob eines dieser beiden Fora auf die Abänderung von Scheidungsurteilen Anwendung findet, und welcher der beiden Richter zuständig ist, hängt einzig und allein vom Zusammenhang zwischen Ehescheidungsprozess und Abänderungsverfahren ab.

Besteht zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren ein Zusammenhang in prozessualer Hinsicht, indem das Abänderungsverfahren gleichsam eine Fortsetzung des Scheidungsprozesses darstellt, das Scheidungsurteil also nicht das Ende des Scheidungsprozesses bedeutet, so deutet dieser Umstand auf die Zuständigkeit des ehemaligen Scheidungsrichters hin. Denn in diesem Falle sind Scheidungsprozess und Abänderungsverfahren, prozessrechtlich gesehen, eine Einheit.

Kann anderseits zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren ein Zusammenhang in sachlicher Hinsicht nachgewiesen werden, indem das Abänderungsverfahren eine Ehescheidung in erweitertem Sinne darstellt, also seinem Wesen nach so eng mit dem Ehescheidungsprozess verknüpft ist, dass es von diesem nicht getrennt werden kann, so bedeutet dieser Umstand, dass für das Abänderungsverfahren wieder die gleiche bundesrechtliche Gerichtsstandsnorm zur Anwendung kommt wie bei der Anhebung der Scheidungsklage selbst, also Art. 144 ZGB, wonach der Richter am Wohnort des Klägers zuständig ist.

Bevor jedoch auf die Untersuchung der erwähnten Zusammenhänge eingetreten werden kann, ist abzuklären, ob die Frage nach der örtlichen Zuständigkeit des Richters bei Abänderung eines Scheidungsurteils ausschliesslich eine solche des Prozessrechtes ist.

§ 4. Ist die Frage nach der örtlichen Zuständigkeit bei der Abänderung von Scheidungsurteilen ausschliesslich eine solche des Prozessrechtes?

Nachdem die Gerichtsstandsfrage im allgemeinen und die Frage nach der örtlichen Zuständigkeit für die Abänderung von Scheidungsurteilen im besonderen als eine Frage des Prozessrechtes behandelt wurde, erscheint

1) BIZR 12/Nr. 189, S. 306, E. 4.

2) BGE 51 II 108.

3) Egger zu Art. 1 ZGB, N. 20 f; Burckhardt, Lücken, S. 8 ff, 81 f; Schurter und Fritzsche, S. 469 f.

diese Fragestellung vielleicht unerwartet. Bei näherer Betrachtung des Gesamtzusammenhanges muss man dieser Frage doch eine gewisse Berechtigung einräumen.

Wie bereits in anderem Zusammenhang¹ dargetan wurde, ist die Regelung des Prozessrechtes zwar grundsätzlich den Kantonen übertragen worden. Da aber die Grenzen zwischen Prozessrecht und materiellem Recht fließend sind², und das Prozessrecht nicht vom materiellen Recht getrennt werden kann, hat der Bund sowohl in der Verfassung als auch in den Bundesgesetzen zahlreiche Gerichtsstandsnormen aufgestellt, wodurch er die Gerichtsstandsfrage einem materiellen Recht einverleibt und dadurch gleichsam mit dem materiellen Recht verknüpft hat³.

In bezug auf das Forum bei Abänderung von Scheidungsurteilen insbesondere hat das Bundesgericht eindeutig entschieden, dass es sich bei dieser Gerichtsstandsfrage nicht um eine solche des Prozessrechtes, sondern um eine solche des materiellen Rechtes handle⁴, indem es erklärte, dass die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht auch gegen letztinstanzliche kantonale Inzidententscheide über Gerichtsstandsfragen zugelassen werde, da alle Voraussetzungen, auch diejenige der Zivilsache, gegeben seien⁵.

In der Begründung dieses Entscheides wird ausgeführt, dass das Bundesgericht in Konkretisierung seiner im Urteil Lörsch gegen Obrist und Genossen begründeten Praxis⁶ — wonach auch Gerichtsstandsfragen als Zivilsachen im Sinne von Art. 78 aOG zu betrachten seien und demzufolge mit der zivilrechtlichen Beschwerde angefochten werden können — erklärt habe, dass „auch solche Inzidententscheide, wie die Gerichtsstandentscheide, als Entscheide in einer Zivilsache im Sinne des Art. 87 aOG zu betrachten“ seien, „durch die eine an und für sich nicht dem Zivilrecht angehörende Streitfrage entschieden wird“, sofern „das ihnen zugrunde liegende Streitverhältnis als ganzes zivilrechtlicher Natur ist“⁷.

Diesen im Endresultat zweifellos richtigen Entscheid hat das Bundesgericht zunächst lediglich mit Zweckgedanken begründet, indem es ausführte, dass die Gleichstellung des Begriffes „Zivilsache“ mit demjenigen der „Zivilrechtsstreitigkeit“, d. h. dass die ausdehnende Interpretation des

1) S. 11 f. 2) Burckhardt, Kommentar zu Art. 64 BV, S. 591.

3) Ob diese Verdrängung der Kantone von Verfassungen wegen zulässig war, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht werden. Wir können uns hier an den Grundsatz halten, dass Bundesgesetze hinsichtlich ihrer Verfassungsmässigkeit nie dem richterlichen Prüfungsrecht unterstehen; bundesgesetzliche Normen sind für den Richter auch dann verbindlich, wenn sie den Grundsätzen der Verfassung widersprechen; vgl. Fleiner/Giacometti, S. 931.

4) BGE 46 II 333.

5) In diesem Fall war die Gerichtsstandsfrage bei Abänderung eines Scheidungsurteils bezüglich des Kinderzuteilungsdispositives streitig. Wie schon in anderem Zusammenhang — S. 7, N. 8 — dargestellt worden ist, gilt hinsichtlich des Gerichtsstandes bei der Abänderung von Scheidungsurteilen in bezug auf die Unterhaltsrente gleiches wie bei der Abänderung von Scheidungsurteilen in bezug auf die Gestaltung der Elternrechte.

6) BGE 40 I 431 f.

7) BGE 46 II 335.

Begriffes „Zivilsache“ gegenüber dem Begriff „Zivilrechtsstreitigkeit“ dem „bei der Ausgestaltung der zivilrechtlichen Beschwerde vorwaltenden Zweckgedanken der möglichst Beschränkung des staatsrechtlichen Rekurses auf reine staatsrechtliche Streitfälle“⁸ viel eher gerecht würde, als die Gleichstellung dieser beiden Begriffe.

Nun erscheint es äusserst fragwürdig, ob solche Zwecküberlegungen zur Fundierung eines Entscheides geeignet sind, denn die Zweckmässigkeit einer Lösung bürgt nicht immer für deren Richtigkeit. Da in anderem Zusammenhang⁹ auf dieses Problem noch näher einzutreten sein wird, möge der kurze Hinweis an dieser Stelle genügen.

Das Bundesgericht begründet seine Ansicht aber noch mit anderen, stichhaltiger erscheinenden Argumenten, indem es darlegt, dass es sich in einer jahrelang währenden Praxis für zuständig erklärt habe, als Berufungsinstanz auch der Berufung sonst nicht unterliegende Streitsachen, wie zum Beispiel Gerichtsstandsfragen, zu beurteilen, wenn sich diese in einer der Berufung unterliegenden Streitsache als blosser Präjudizialpunkt dargeboten hätten¹⁰. In den erwähnten Fällen habe allerdings jeweils gleichzeitig die zivile Streitsache zur Diskussion gestanden, während in diesem Falle die Gerichtsstandsfrage selbständig an das Bundesgericht weitergezogen worden sei. Im weiteren hält das Bundesgericht diesen seinen eigenen Ausführungen entgegen, dass im Gegensatz zu aOG Art. 56 in Art. 87 aOG kein Haupturteil vorausgesetzt werde, so dass der gesonderten Weiterziehung von solchen Inzidententscheiden an das Bundesgericht als zivilrechtliche Beschwerdeinstanz keine Bedenken entgegenstünden¹¹. Man kann sich allerdings fragen, ob das Bundesgericht nicht zu weit gegangen ist, wenn es aus seiner bisherigen Praxis, wonach Gerichtsstandsfragen als Präjudizialpunkte mit der zivilen Streitsache zusammen der zivilrechtlichen Berufung unterlagen, folgert, solche Inzidententscheide könnten auch selbständig als Zivilsache an das Bundesgericht weitergezogen werden. Allein diese Frage näher zu prüfen, ist heute nicht mehr von grossem Interesse, da das revidierte OG in Art. 49 ausdrücklich selbständige Vor- oder Zwischenentscheide als der zivilrechtlichen Berufung unterliegend betrachtet, sofern eine Verletzung bundesrechtlicher Vorschriften über die sachliche oder örtliche Zuständigkeit geltend gemacht wird. Bis heute hat das Bundesgericht allerdings noch nicht entschieden, ob auch die örtliche Zuständigkeit des Richters bei Abänderung von Scheidungsurteilen mittels Berufung weitergezogen werden könne. Nach der Praxis zum aOG scheint dies jedoch nicht ausgeschlossen zu sein¹². Aber auch wenn die zivilrechtliche Berufung wegen Verletzung von Gerichtsstandsvorschriften nicht möglich sein sollte, kann die Gerichtsstandsfrage nach der Praxis auf alle Fälle mit der zivilrechtlichen Beschwerde gerügt werden. Denn in einem neueren Entscheid¹³ hat

8) BGE 46 II 335.

9) S. 89 ff.

10) BGE 21/S. 115 ff.; 23 I 46; 24 II 336; 34 II 212; 45 II 241 ff.

11) BGE 46 II 335 f.

12) Guldener II/S. 500; Birchmeier, S. 174 f.

13) BGE 72 II 333 ff.

das Bundesgericht erkennt, dass für das revidierte OG die gleiche Praxis wie unter aOG Geltung habe¹⁴, dass somit auch im revidierten OG Gerichtsstandsfragen unter den Begriff „Zivilsache“ zu subsumieren seien, sofern das zugrunde liegende Streitverhältnis zivilrechtlicher Natur ist.

Damit ist dargetan, dass die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Richters bei Abänderung von Scheidungsurteilen bundesrechtlich als „Zivilsache“ und nicht als eine Sache des Prozessrechtes zu behandeln ist. Dies beweist, dass die Gerichtsstandsfrage bei Abänderungsurteilen ihren prozessrechtlichen Charakter teilweise eingebüsst hat. Gleichzeitig ist die Tatsache, dass die Frage des Forums für die Abänderung von Scheidungsurteilen als eine „Zivilsache“ angesehen wird, ein Indiz- aber noch kein Beweis — dafür, dass der Bundesgesetzgeber im Titel Ehescheidung auch für das Abänderungsverfahren einen Gerichtsstand aufgestellt hat. Eine Beweisführung dagegen bedarf auf jeden Fall noch einer Untersuchung über den Zusammenhang zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren. Dabei muss unterschieden werden zwischen einem Zusammenhang in prozessualer und einem Zusammenhang in sachlicher Hinsicht. Diese Untersuchung wird nicht nur die Frage beantworten, ob der Gerichtsstand im ZGB normiert ist, sondern im Falle der Bejahung dieser Frage auch entscheiden, welcher Richter zur Beurteilung eines Abänderungsbegehrens zuständig ist.

§ 5. Zusammenhänge zwischen Ehescheidung¹ und Abänderungsverfahren in prozessualer Hinsicht

In der Praxis wurde, wie schon erwähnt², mehrfach die Frage aufgeworfen, in welchem Zusammenhang der Ehescheidungsprozess mit dem Abänderungsverfahren stehe. Während das zürcherische Obergericht³ die Ansicht vertreten hat, dass das Abänderungsverfahren, ähnlich dem Rechtsmittel der Wiederherstellung, „eine Wiederaufnahme und Fortsetzung des Scheidungsverfahrens“ darstelle, erklärte das Bundesgericht wiederholt⁴, dass das Abänderungsverfahren „nicht einfach eine Fortsetzung des Ehescheidungsprozesses sei, sondern ein prozessual neues Verfahren“⁵.

14) BGE 41 II 761 ff.; 42 I 392 ff.; 42 II 323 ff.; 57 II 400 ff.; 66 II 148 ff.

1) Hier ist von der Ehescheidung im weiteren Sinne die Rede. Darunter ist der eigentliche Scheidungsprozess plus Regelung der Nebenfolgen zu verstehen. Im Gegensatz dazu steht die Ehescheidung im engeren Sinne, also lediglich die persönliche Auseinandersetzung zwischen den beiden Ehegatten, die zur Auflösung der Ehe führt, unter Ausschluss der Regelung der Nebenfolgen. Wo im folgenden von Ehescheidung die Rede ist, soll die Scheidung im weiteren Sinne verstanden werden.

2) S. 25.

3) BIZR 12/Nr. 189, S. 306.

4) BGE 42 I 334; 46 II 336; 51 II 96; 61 II 24; 67 II 66.

5) BGE 67 II 66.

Aus der Annahme, dass das Abänderungsverfahren eine Fortsetzung des Scheidungsprozesses darstelle, folgte das zürcherische Obergericht⁶ mit logischer Konsequenz, dass zur Beurteilung des Abänderungsbegehrens der ehemalige Scheidungsrichter zuständig sei. Das Bundesgericht hingegen verneinte auf Grund der Annahme, dass das Abänderungsverfahren ein prozessual neues Verfahren darstelle, sowohl die Zuständigkeit des ehemaligen Scheidungsrichters⁷ als auch diejenige des Richters am Wohnort des Klägers⁸. Diese Argumentation ist jedoch nur teilweise richtig. Aus dem Umstand, dass das Abänderungsverfahren prozessual ein neues Verfahren darstellt, kann nur die Unzuständigkeit des ehemaligen Scheidungsrichters, nicht aber diejenige des Richters am Wohnort des Klägers gefolgert werden, wie das Bundesgericht übrigens selbst festgestellt hat⁹. Die Zuständigkeit des Richters am Wohnsitz des Klägers, also die Anwendung des Art. 144 ZGB auf das Abänderungsverfahren, hängt nämlich nicht vom prozessualen, sondern vielmehr vom sachlichen Zusammenhang zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren ab, wie noch in anderem Zusammenhang darzustellen sein wird¹⁰.

Infolge der oben erwähnten Meinungsverschiedenheit zwischen dem zürcherischen Obergericht¹¹ und dem Bundesgericht¹² ist in diesem Abschnitt grundsätzlich zur Frage des prozessualen Zusammenhanges zwischen Ehescheidungsprozess und Abänderungsverfahren Stellung zu nehmen.

Die Tatsache, dass das Abänderungsverfahren nicht die Ehescheidung im engeren Sinne berührt, sondern sich auf die Scheidungsnebenfolgen bezieht, macht zunächst eine Untersuchung des prozessualen Zusammenhanges zwischen Ehescheidung im engeren Sinne und Regelung der Nebenfolgen notwendig. Erst wenn diese beiden Institute zu einer Einheit — der Ehescheidung im weiteren Sinne — zusammengefasst werden können, erscheint eine Darstellung des prozessualen Zusammenhanges zwischen Ehescheidung im weiteren Sinne und Abänderungsverfahren sinnvoll.

I. Verhältnis zwischen Ehescheidung im engeren Sinne¹³ und Regelung der Nebenfolgen in prozessualer Hinsicht

1. Die Regelung der Nebenfolgen im Ehescheidungsverfahren selbst

Der Wortlaut des Gesetzes scheint über die Frage, ob die Nebenfolgen zusammen mit der Ehescheidung im gleichen Verfahren zu regeln seien, oder ob die Entscheidung über die Nebenfolgen in ein separates Verfahren zu

6) BlZR 12/Nr. 189.
8) BGE 46 II 336.
10) S. 55 ff.
12) BGE 42 I 334; 46 II 336.
13) Im folgenden der Kürze halber Ehescheidung genannt.

7) BGE 42 I 334.

9) BGE 51 II 97.

11) BlZR 12/Nr. 189.

verweisen ist, nichts auszusagen. Klarheit darüber kann man nur durch Auslegung des Gesetzes erhalten.

In Literatur und Praxis wird mehrheitlich die Meinung vertreten, dass wegen des engen sachlichen Zusammenhanges¹⁴ zwischen Ehescheidung und Nebenfolgen diese im Ehescheidungsverfahren selbst zu regeln seien¹⁵. Demgegenüber sind anderseits Stimmen laut geworden, welche namentlich die Fälle der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung in ein separates Verfahren verweisen möchten¹⁶. Somit stellt sich hier die Aufgabe, auf diese Kontroverse einzutreten. Dabei sei vorweg genommen, dass die herrschende Meinung, wonach die Nebenfolgen im Ehescheidungsverfahren selbst zu regeln seien, bedenkenlos übernommen werden kann. Dafür sprechen folgende Gründe:

a. Wie in anderem Zusammenhang¹⁷ noch eingehender darzustellen sein wird, können Ehescheidung und Regelung der Nebenfolgen in sachlicher Hinsicht als eine Einheit betrachtet werden. Aus diesem Grunde kann hier in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung die Auffassung, wonach die Entscheidung über die Nebenfolgen im Ehescheidungsprozess selbst zu treffen sei, mit diesem sachlichen Zusammenhang begründet werden¹⁸.

b. Ein weiteres Indiz für die Regelung der Nebenfolgen im Scheidungsprozess lässt sich historisch durch Heranziehung des ZEG gewinnen. Danach blieb die Regelung der Nebenfolgen den Kantonen überlassen¹⁹. Hingegen bestimmte Art. 49 Abs. 2 dieses Gesetzes, dass das Gericht über die Nebenfolgen zur gleichen Zeit zu entscheiden habe wie über die Scheidungs-

14) S. 59 ff.

15) Egger zu Art. 149 ZGB, N. 2; Grendelmeyer, S. 151; Brandenberger, S. 73 ff; Stauffer, S. 37 ff; BGE 37 I 406; 44 I 155; 47 II 373; 77 II 18 ff: In diesem Entscheid verweist das Bundesgericht die güterrechtliche Auseinandersetzung aus Art. 154 ZGB in ein besonderes Verfahren mit folgender Begründung: „... in Art. 154, der von der güterrechtlichen Auseinandersetzung handelt, ist nicht angedeutet, welcher Richter darüber zu entscheiden hat. Auch ist die sachliche Verbindung mit der Scheidungsfrage bei der Güterrechtsfrage viel loser als bei den bisher besprochenen Fragen“. Das Bundesgericht hat es daher als zulässig erklärt, die güterrechtliche Auseinandersetzung in ein besonderes Verfahren zu verweisen. Dabei hat es offenbar übersehen, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung die Voraussetzung für die Zusprechung einer Entschädigungsleistung aus Art. 151, Abs. 1 ZGB, resp. einer Bedürftigkeitsleistung aus Art. 152 ZGB darstellt. Wenn aber nach der bundesgerichtlichen Auffassung die Ansprüche aus Art. 151, Abs. 1 ZGB resp. Art. 152 ZGB im Scheidungsverfahren selbst zu entscheiden ist, erscheint es logisch als ein Widerspruch, die güterrechtliche Auseinandersetzung, die doch die Grundlage der Ansprüche aus Art. 151, Abs. 1 resp. Art. 152 ZGB darstellt, in ein separates Verfahren zu verweisen.

16) Gmür zu Art. 149 ZGB, N. 7; Brandenberger, S. 75; Stauffer, S. 42; BGE 62 II 167 ff.

17) S. 59 ff.

18) Egger zu Art. 149 ZGB, N. 2; Grendelmeyer, S. 151; Brandenberger, S. 73 ff; Stauffer, S. 37 ff; BGE 37 I 406; 44 I 155; 47 II 373; 77 II 18 ff.

19) ZEG, Art. 49, Abs. 1. Ausnahme: Die Nebenfolge der Strafwaretfrist wurde von Bundes wegen geregelt, ZEG, Art. 48.

klage. Nachdem der Gesetzgeber in dem heute geltenden Recht, das eine Fortsetzung des ZEG darstellt²⁰, auch die Nebenfolgen normiert hat, ist um so mehr Grund zur Annahme, dass die Nebenfolgen gleichzeitig mit dem Scheidungsverfahren zu regeln seien²¹.

c. Aber auch aus dem logischen Aufbau des vierten Titels des ZGB ergibt sich, dass im heute geltenden Recht die Nebenfolgen im Scheidungsverfahren zu regeln sind. Das Marginale „C. Urteil“ enthält nicht nur die Bestimmungen über das Scheidungs- resp. Trennungsurteil, sondern auch alle die Nebenfolgen betreffenden Normen. Dies lässt den Schluss zu, dass im Scheidungsverfahren gleichzeitig über die Nebenfolgen zu entscheiden sei.

Gegen diese Argumentation spricht allerdings die Tatsache, dass die Nebenfolgen unter dem Marginale „C. Urteil“ zwar geregelt werden, dass aber andererseits nur aus zwei Artikeln, nämlich aus Art. 149 ZGB²² und Art. 150 ZGB²³ eindeutig hervorgeht, dass diese Nebenfolgen im Urteil zu regeln sind. Alle übrigen, die Nebenfolgen beschlagenden Bestimmungen hingegen bezeichnen entweder „den Richter“ als zuständig, oder sagen über die sachliche Zuständigkeit überhaupt nichts²⁴. Dies lässt den Schluss zu, dass nur in den Fällen, in welchen das Gesetz ausdrücklich von „Urteil“ spricht, die Nebenfolgen im Urteil selbst geregelt werden müssen, während in allen übrigen Fällen, in welchen das Gesetz vom „Richter“ spricht, die Nebenfolgen in ein separates Verfahren zu verweisen seien. Dieser Annahme kann jedoch entgegengehalten werden, dass Ehescheidung und Nebenfolgen nicht nur in sachlicher, sondern auch in prozessualer Hinsicht eine Einheit bilden: Sowohl bei der Zusprechung einer Entschädigungs- resp. Genugtuungsleistung²⁵, als auch bei der Gestaltung der Elternrechte²⁶ spielt die Frage des Verschuldens eine grosse Rolle. Über diese hat der Richter aber in erster Linie im Ehescheidungsprozess zu befinden. Somit sprechen auch prozessökonomische Überlegungen eher für als gegen die Regelung der Nebenfolgen im Scheidungsverfahren selbst.

d. Ausserdem gilt nach der bundesgerichtlichen Praxis der Grundsatz, dass bei Scheidung von Ausländern in der Schweiz der schweizerische Richter auch die Nebenfolgen nach schweizerischem Recht zu beurteilen habe²⁷. Umgekehrt hat bei der Scheidung von Schweizern im Ausland nur der aus-

20) SchlTZGB, Art. 60, Abs. 2.

21) Stauffer, S. 39.

22) Stellung der geschiedenen Ehefrau, Art. 149 ZGB.

23) Regelung der Strafwaretfrist, Art. 150 ZGB.

24) so Art. 152 ZGB: Unterhaltsleistung an den bedürftigen Ehegatten; Art. 154 ZGB: güterrechtliche Auseinandersetzung bei der Ehescheidung.

25) Art. 151, Abs. 1 und 2 ZGB.

26) Art. 156 ZGB.

27) BGE 38 II 49 f: „... und auch Art. 7 h NAG erwähnt diese — d. h. die Nebenfolgen der Scheidung — nicht ausdrücklich. Indessen erscheint sich aus diesem Art. 7 h doch immerhin soviel zu ergeben, dass der schweiz. Richter, sofern er die Scheidungsklage beurteilt, grundsätzlich sein eigenes Recht anzuwenden hat. Gilt

ländische und nicht der schweizerische Richter über die Nebenfolgen zu befinden²⁸, wobei ausschliesslich ausländisches Recht anwendbar ist. Diese Tatsachen bilden ein weiteres Indiz für die Einheit des Verfahrens.

e. Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt²⁹ hat zur Begründung der Einheit des Verfahrens von Ehescheidung und Regelung der Nebenfolgen ausserdem Art. 158 Ziff. 5 ZGB herangezogen und ausgeführt: „Endlich schreibt Art. 158 Abs. 1 und Ziff. 5 vor, dass die Nebenfolgen ‚im Scheidungsverfahren‘ zu regeln seien. Die ratio legis ist dabei ganz offenbar die, dass nur derjenige Richter, der die Scheidung selbst ausgesprochen hat, in der Lage ist, aus eigener Kenntnis der Scheidungsakten und der Personen die nötigen Anhaltspunkte für die wichtige Frage der Kinderzuteilung zu schöpfen“.

Zur Ergänzung wird in diesem Entscheid im übrigen auf Art. 145 ZGB hingewiesen, „wonach der Scheidungsrichter die sog. Nebenfolgen sofort nach Klageeinreichung provisorisch zu ordnen hat; wäre zur definitiven Ordnung auch eine andere Instanz kompetent, so müsste dies doch irgendwo vorgeschrieben sein. Wollte man auch die Meinung nicht teilen, dass die Einheit des Verfahrens indirekt aus dem ZGB herausgelesen werden müsse, so wäre diese Bestimmung als eidgenössisches Gewohnheitsrecht anzunehmen (Egger, N. 7 zu Art. 156 ZGB und Gmür, N. 4 zu Art. 156)“.

f. In Literatur und Praxis wird häufig die Auffassung vertreten, dass die Nebenfolgen nachträglich, also in einem späteren Verfahren, nicht mehr geordnet werden können, wenn z. B. der Richter vergessen hat, eine Regelung zu treffen, oder wenn es die Parteien aus irgendeinem Grunde unterlassen haben, einen entsprechenden Antrag zu stellen³⁰. Von anderer Seite wird jedoch die Ansicht vertreten, dass eine nachträgliche Entscheidung über die Nebenfolgen ohne weiteres zulässig sei³¹. In beiden Fällen aber wird zur Begründung die Einheit des Verfahrens von Ehescheidung und Regelung der Nebenfolgen herangezogen. In diesem Umstand kann ein

dies gemäss Abs. 1 der zitierten Gesetzesbestimmung schon bezüglich der Scheidungsfrage als solcher . . . , so ist es nicht wohl denkbar, dass in bezug auf die Nebenfolgen der Scheidung, die ja nur nach der einen oder der anderen der beiden in Betracht kommenden Gesetzgebungen beurteilt werden können, der umgekehrte Grundsatz gelten sollte und der schweiz. Richter somit das ausländische Recht anzuwenden hätte. Dazu kommt, dass nach der ausdrücklichen Vorschrift des Abs. 3 des erwähnten Art. 7 h, sofern die Scheidung ‚im übrigen nach schweiz. Recht erfolgt‘. Selbst wenn hier kein spezieller Hinweis auf die Regelung der Nebenfolgen erblickt würde, so wäre aus dieser Formulierung doch wiederum der Schluss zu ziehen, dass in Scheidungsprozessen zwischen Ausländern, die in der Schweiz domiziliert sind, der schweiz. Richter grundsätzlich sein eigenes Recht anzuwenden und auf das heimatliche Recht der Parteien nur soweit Rücksicht zu nehmen hat, als dies ausdrücklich vorgeschrieben ist, d. h. eben nur hinsichtlich der Frage, ob auch nach dem heimatlichen Recht ein Scheidungsgrund gegeben wäre. Daraus aber folgt, dass die Nebenfolgen der Scheidung, da eine Rücksichtnahme auf das heimatliche Recht in dieser Hinsicht nicht vorgeschrieben ist, ausschliesslich nach schweiz. Recht zu beurteilen sind.“

28) BGE 54 II 85 ff.

29) SJZ 14/Nr. 46, S. 147.

30) Pr. 18/Nr. 188.

31) Stauffer, S. 42; Gmür zu Art. 149 ZGB, N. 7.

weiteres Indiz für das Bestehen der Einheit von Ehescheidung und Regelung der Nebenfolgen erblickt werden.

g. In der Literatur wurde auch geltend gemacht, dass die Regelung der Nebenfolgen selbständig mit der Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden könne³², und dass namentlich bei vermögensrechtlichen Fragen die Berufung von der Höhe des Streitwertes abhängig gemacht werde; dieser Umstand spreche gegen die einheitliche Beurteilung von Scheidungsklage und Nebenfolgen. Dieses Argument erscheint jedoch nicht stichhaltig. Nach Art. 55 lit. b OG kann nämlich beim Bundesgericht die Berufung gegen jeden einzelnen Punkt eines Urteilsdispositivs eingelegt werden; es wird also nicht verlangt, dass das Urteil in seinem ganzen Umfange angefochten wird. Ausserdem hat das Bundesgericht bezüglich der Gestaltung der Elternrechte ausdrücklich entschieden, dass das Urteil auch hinsichtlich der zu leistenden Unterhaltsbeiträge an das Kind selbständig angefochten werden könne mit der Begründung, dass das Urteil in seiner Totalität nicht vermögensrechtlicher Natur sei³³. Diese Tatsachen sprechen wiederum eher für als gegen die einheitliche Beurteilung von Scheidung und Nebenfolgen.

h. Die Befürworter eines separaten Verfahrens für die Regelung der Nebenfolgen haben zur Begründung ihrer Ansicht weitgehend reine Zweckmässigkeitsüberlegungen ins Feld geführt³⁴. Wie bereits dargetan worden ist³⁵, und wie in anderem Zusammenhang noch näher auszuführen sein wird³⁶, ist bei rechtlichen Begründungen kein Raum für solche Überlegungen.

2. Die Anwendung der gleichen Prozessmaximen bei der Regelung der Nebenfolgen und im Scheidungsverfahren

a. *Allgemeines:* Nach obiger Feststellung, wonach der Richter im Scheidungsverfahren gleichzeitig über die Nebenfolgen zu befinden hat, liegt der Gedanke nahe, dass die Regelung der Nebenfolgen nach den gleichen Verfahrensgrundsätzen erfolge wie der Scheidungsprozess.

Da der Entscheid über die Anwendung der einzelnen Verfahrensgrundsätze Gegenstand des Prozessrechtes ist, obliegt er gemäss Art. 64 Abs. 3 BV den Kantonen. Wie aber bereits weiter oben³⁷ dargestellt worden ist, hat der Bund die Kompetenz, die zur Verwirklichung seines materiellen Rechts erforderlichen Verfahrensnormen zu erlassen. Nachdem das Scheidungsrecht infolge Fehlens bundesrechtlicher Verfahrensnormen im ZEG in den ein-

32) Gigon, S. 36.

33) ebenso Landolt, S. 109.

34) Stauffer, S. 42 und die dort zitierte Literatur.

35) S. 27.

36) S. 89 ff.

37) S. 12.

zelen Kantonen verschieden gehandhabt worden ist — was in einigen Kantonen zu einem geradezu erschreckenden Ansteigen der Scheidungsziffern geführt hatte — glaubte sich der Bundesgesetzgeber zur Aufstellung einiger Verfahrensgrundsätze zum Schutze der Ehe berufen; hat der Staat doch an deren Erhaltung ein fundamentales Interesse: die Ehe stellt die Grundzelle seines ganzen Gefüges dar.

Aus diesem Grunde hat der Bundesgesetzgeber in Art. 158 ZGB für das Scheidungsverfahren in weitgehendem Masse die *Offizialmaxime* statuiert. Wie Huber im Nationalrat ausführte³⁸, sollten hier Grundsätze geschaffen werden, „durch welche gesorgt werden soll, dass mit grösserer Gleichmässigkeit in allen Teilen der Schweiz die Scheidung durchgeführt, dass die Stellung des Richters gegenüber dem die Scheidung begründenden Ehegatten eine gleichmässiger und billiger werde, als dies jetzt der Fall ist, und dass namentlich der Richter in den verschiedenen Kantonen dazu angehalten wird, nicht einfach auf das Begehren der Ehegatten hin die Scheidung auszusprechen, gestützt auf die ‚Tatsachen‘, die so oder anders erdichtet vorgelegt werden, sondern dass er sich selbst ein Urteil über dasjenige, was die Ehegatten in den Scheidungsschriften vorbringen, bilden und darüber sich Gewissheit verschaffen soll, ob die Klagepunkte auch wirklich mit den Tatsachen übereinstimmen, d. h. ob wirklich genügend materielle Gründe vorhanden sind, um die Scheidung auszusprechen“.

Diesen Interessen des Staates an der Erhaltung einer gesunden Ehe stehen anderseits die Interessen des Individuums an der Auflösung der zerrütteten Ehe entgegen. Denn der Bundesgesetzgeber hat das Recht auf Ehescheidung als Persönlichkeitsrecht ausgestaltet. Die Ehe als dauernde Lebensgemeinschaft der Ehegatten fordert von beiden den Einsatz ihrer vollen Persönlichkeit; sie sollen die doppelte Bestimmung der Ehe erfüllen, sowohl die persönliche der eigenen Ausgestaltung und Ergänzung als auch die überpersönliche, die im Aufbau der ehelichen Gemeinschaft besteht. Verliert aber die Ehe ihren Sinn, indem „die Lebensgemeinschaft in Tat und Wahrheit nicht mehr der Selbstergänzung oder Vervollkommenung der Ehegatten dient“³⁹, sei es, dass der Einsatz nicht mehr auf Gegenseitigkeit beruht, sei es, dass er unmöglich oder unzumutbar wird, dann fordert das Recht der Persönlichkeit, dass die rechtliche Verbundenheit gelöst werden kann. Diese Interessen des Individuums finden im Prozessverfahren dadurch Berücksichtigung, dass von bundesrechtswegen in den Fällen, in welchen das Recht der Persönlichkeit in Frage steht⁴⁰, die Prozessgrundsätze des Zivilprozesses, d. h. Dispositions- und Verhandlungsmaxime, zur Anwendung kommen.

Bevor aber näher untersucht werden kann, wie weit im Ehescheidungsprozess von Bundesrechts wegen *Offizialmaxime* zur Anwendung kommt, sind die einzelnen Verfahrensgrundsätze kurz zu umreissen.

38) Sten. Bull. 15/634.

39) Egger, Vorbemerkungen zum 4. Titel, N. 11.

40) Gisi, S. 429 f; BGE 54 II 67.

b. Die Verfahrensgrundsätze im Allgemeinen

aa. Die Dispositionsmaxime. Dieser Prozessgrundsatz ist ein typischer Grundsatz des Zivilprozesses. Er geht davon aus, dass in erster Linie Privatinteressen verfolgt werden, was für den Zivilprozess die Regel ist. Deshalb soll es den Parteien anheim gestellt werden, über die Geltendmachung ihrer Ansprüche frei zu verfügen. Nach diesem Grundsatz steht es im Belieben der Parteien, den gerichtlichen Apparat zur Durchsetzung ihrer Ansprüche selbst in Gang zu bringen: Nur auf die Klage einer Partei hin wird das Verfahren eröffnet⁴¹. Aber nicht nur über den Beginn des Prozesses, sondern auch über dessen Beendigung — z. B. durch Klagerückzug oder Klageanerkennung — können die Parteien frei entscheiden. Ausserdem wird es den Parteien überlassen, das Thema des Prozesses selbst zu bestimmen. Der Richter ist an die Anträge der Parteien gebunden; er darf dem Kläger weder mehr, noch weniger, noch etwas anderes zusprechen, als dieser verlangt. Daraus folgt, dass aus der Klagschrift deutlich erkennbar sein muss, was der Kläger beansprucht, d. h. welche Leistung der Beklagte zu erbringen hat, resp. welches Recht oder Rechtsverhältnis durch das gerichtliche Urteil festgestellt oder abgeändert werden soll⁴².

bb. Die Verhandlungsmaxime: Wie die Dispositionsmaxime, ist auch die Verhandlungsmaxime in erster Linie ein Grundsatz des Zivilprozesses. Sie geht ebenfalls vom freien Verfügungsrecht der Parteien aus. Grundgedanke der Verhandlungsmaxime ist, dass die Parteien, die den Prozess angehoben haben, über den Sachverhalt, den sie der Klage zugrunde legen, selbst am besten orientiert sind. Deshalb wird es ihnen überlassen, dem Gericht den Prozessstoff vorzulegen. Dem Kläger kann ohne weiteres zugemutet werden — schon weil seine eigenen Interessen im Spiele stehen — alle Tatsachen, welche zu seinen Gunsten sprechen, bekanntzugeben. Anderseits kann auch angenommen werden, dass der Beklagte im Prozess alle den Begehren des Klägers entgegenstehenden Tatsachen anführt.

Infolgedessen hat sich der Richter nach dieser Maxime an die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen zu halten; er darf diese von Amts wegen weder berichtigen noch ergänzen. Aus diesem Grunde müssen auch von der Gegenpartei zugestandene Tatsachen nicht mehr bewiesen werden. Selbst wenn diese Tatsachen in Wirklichkeit nicht vorhanden wären, müssten sie dem Urteil zugrunde gelegt werden, wenn sie der Beklagte zugestanden hat. Soweit Behauptungen bestritten sind, haben die Parteien die Beweismittel selbst zu erbringen, denn in erster Linie stehen die Interessen der Parteien im Spiele⁴³.

cc. Die Oficialmaxime: Im Gegensatz zu den beiden vorerwähnten Prozessgrundsätzen kommt die Oficialmaxime vornehmlich in Prozessen

41) „Wo kein Kläger ist, ist auch kein Richter“.

42) Näheres über die Dispositionsmaxime vgl. bei Guldener, I/S. 104 ff.

43) Näheres über die Verhandlungsmaxime vgl. bei Guldener, I/S. 111 ff.

zur Anwendung, in welchen vorwiegend Interessen der Allgemeinheit, des Staates, im Spiele stehen. Demzufolge wird die freie Verfügung über die Anhebung, den Fortgang und die Beendigung des Prozesses nicht ausschliesslich in die Hände der Parteien gelegt, sondern in erster Linie dem Richter als dem Vertreter der Allgemeinheit überlassen. Aus diesen Erwägungen folgt, dass die Sammlung des Prozessstoffes in weitgehendem Masse dem Richter selbst auferlegt wird. Weiter darf der Richter seinem Urteil nur solche Tatsachen zugrunde legen, von deren Vorhandensein er sich selbst überzeugt hat. Der Richter ist nur insofern an die Zugeständnisse der Parteien gebunden, als er sich von der Zuverlässigkeit dieser Zugeständnisse selbst überzeugt hat. Überdies dürfen im Urteil auch solche Tatsachen berücksichtigt werden, die von keiner Partei vorgebracht worden sind. Neben der Sammlung des Prozessstoffes durch die Parteien soll der Richter die notwendigen Beweise von Amtes wegen erheben, d. h. er soll die Erforschung des richtigen Sachverhaltes nicht den Parteien überlassen, sondern die Ergründung der Wahrheit obliegt in erster Linie ihm selbst. Er hat z. B. von Amtes wegen zu prüfen, ob die Zugeständnisse der Parteien wahr, und ob die Tatsachenbehauptungen vollständig sind.

Nach dem Grundsatz der *Offizialmaxime* sind von Amtes wegen auch alle Tatsachen zu prüfen, welche die Prozessvoraussetzungen bilden; ferner ist zu untersuchen, ob der Rechtsweg zulässig, das angerufene Gericht zuständig und die Klage prozessual zulässig ist. Von Amtes wegen sind auch die massgeblichen Tatsachen festzustellen⁴⁴.

c. Die Anwendung der Offizialmaxime nach Art. 158 ZGB im Ehescheidungsprozess

aa. Art. 158 ZGB, Ziff. 1: „Der Richter darf Tatsachen, die zur Begründung einer Klage auf Scheidung oder Trennung dienen, nur dann als erwiesen annehmen, wenn er sich von deren Vorhandensein überzeugt hat.“ Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber das freie Verfügungsrecht der Parteien weitgehend beschränkt, indem die Ehescheidung nur in den vom Gesetzgeber umschriebenen Fällen möglich ist, also nur sofern einer der vom Staate aufgestellten Scheidungsgründe auch tatsächlich vorliegt⁴⁵ resp. sofern die Ehe so tief zerrüttet ist, dass den Ehegatten ein weiteres Zusammenleben nicht mehr zugemutet werden kann⁴⁶. Gleichsam als Garantie dafür, dass diese Tatsachen auch wirklich vorliegen, hat der Bundesgesetzgeber den Richter angehalten, Tatsachen, „die zur Begründung einer Klage auf Scheidung oder Trennung dienen, nur dann als erwiesen“ anzunehmen, „wenn er sich von deren Vorhandensein überzeugt hat“⁴⁷. Wie Hoffmann⁴⁸

44) Näheres über die *Offizialmaxime* vgl. bei Guldener, I/S. 118 ff.

45) Art. 137—141 ZGB.

46) Art. 142 ZGB.

47) Art. 158, Ziff. 1 ZGB.

48) Sten. Bull. 15/1080.

bei der Beratung des Gesetzes im Ständerat ausführte, lässt das Interesse des Staates an der Erhaltung der Ehe nicht zu, „dass eine Partei eine Tatsache behauptet und die andere sie bestreitet oder sogar ausdrücklich zugibt, um sie als bewiesen betrachten zu können. Die Ehescheidung darf keine Prozesskomödie sein, in welcher die beiden Parteien oder Anwälte sich von vornherein verabreden, an und für sich nicht bestehende Tatsachen wechselseitig anzuerkennen“. Somit gilt *Offizialmaxime* hinsichtlich der Überprüfung der die Scheidungsklage begründenden Tatsachen. Die Überprüfungspflicht bezieht sich auf alle diejenigen Tatsachen, die den Scheidungsgrund bejahen, im Gegensatz zu denjenigen, die ihn verneinen⁴⁹.

Bezüglich des Vorbringens dieser, den Scheidungsgrund bejahenden Tatsachen hingegen gelten von Bundesrechts wegen die Prozessgrundsätze des Zivilprozesses⁵⁰. Diese sind somit von dem die Ehescheidung verlangenden Ehegatten nach den Maximen des Zivilprozesses darzutun, zu behaupten und zu beweisen. Da es sich hier „um die Substanziierung des subjektiven Scheidungsrechts dieses Ehegatten“ handelt, „über welchen wie über das Recht selbst der Scheidungskläger allein nach freiem Belieben“ disponiert⁵¹, dürften diese Tatsachen nicht von Amtes wegen herbeigezogen und dem Urteil zugrunde gelegt werden⁵².

Angesichts des Umstandes, dass die Regelung des Scheidungsverfahrens im allgemeinen dem kantonalen Prozessrecht überlassen wird⁵³ und die Verfahrensvorschriften des Art. 158 ZGB lediglich als „Mindestanforderungen für die richterliche Überprüfung der Parteierklärungen“⁵⁴ angesehen werden, kann man sich fragen, ob in dieser Phase des Scheidungsprozesses die Maximen des Zivilprozesses von Bundesrechts wegen Anwendung finden dürfen, oder ob nicht vielmehr die Kantone zuständig sind, zu bestimmen, ob die den Scheidungsgrund bejahenden Tatsachen vom klagenden Ehegatten oder von Amtes wegen, also vom Richter, darzubringen sind.

Nachdem der Bundesgesetzgeber das Recht auf Scheidung als Persönlichkeitsrecht ausgestaltet hat, ist es auch Sache des Bundes, dem Individuum bei der Geltendmachung seines Persönlichkeitsrechts behilflich zu sein. Würde der Bund die Regelung der hier zur Diskussion stehenden Frage den Kantonen überlassen, so könnten diese das Recht auf Scheidung dadurch beschneiden, dass sie die Darbringung der eine Scheidungsklage begründenden Tatsachen der *Offizialmaxime* unterwerfen. Aus diesem Grunde, also zum Schutze des einzelnen bei der Geltendmachung seines Persönlichkeitsrechtes, erscheint dieser, über die in Art. 158 ZGB aufge-

49) Gisi, S. 440; Baur, S. 62.

50) Gisi, S. 440; Baur, S. 64.

51) Gisi, S. 440.

52) Baur, S. 63.

53) Art. 158 Abs. 1 ZGB.

54) BGE 52 II 412, E. 2; ebenso BGE 61 II 162; 64 II 386.

stellten Verfahrensnormen hinausgehende Eingriff des Bundes in die Prozesshoheit der Kantone gerechtfertigt.

Offizialmaxime gilt auch bezüglich der den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen⁵⁵, was sich wiederum mit dem Interesse der Gesellschaft an der Erhaltung jeder gesunden Ehe rechtfertigen lässt. Der Richter hat daher ex officio alle den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen als Bestreitung des Scheidungsgrundes zu erheben und zu beweisen. Damit fällt gleichzeitig die Beweislast des Beklagten dahin.

In den meisten Fällen wird es allerdings dem Richter schon rein tatsächlich nicht möglich sein, jede, den Scheidungsgrund verneinende Tatsache aufzuspüren. Daher muss man mit Gisi⁵⁶ darin einig gehen, „dass der Richter den den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen nicht nachzuspüren braucht, wie der Untersuchungsrichter nach dem Belastungs- und Entlastungsmaterial“. Immerhin darf aber vom Richter verlangt werden, dass er alles in seiner Macht Stehende tut, um die den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen festzustellen, wozu ihm in erster Linie sein Frage-recht dienen wird⁵⁷.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass im Scheidungsprozess für die „die Scheidung bestreitenden oder den Scheidungsgrund verneinenden Tatsachen, sowie für das Geständnis der Unwahrheit einer verneinenden oder der Wahrheit einer behauptenden Tatsache der Untersuchungsgrundsatz“ gilt⁵⁸. Dagegen gilt für die „die Scheidung begründenden Tatsachen, sowie für das Geständnis der Unwahrheit einer behauptenden Tatsache die Verhandlungsmaxime“^{59, 60}.

bb. Art. 158 Ziff. 3 ZGB: „Parteierklärungen irgendwelcher Art sind für den Richter nicht verbindlich.“

Der Wortlaut dieser Bestimmung erweckt den Eindruck, dass die Prozessmaximen des Zivilprozesses im Scheidungsprozess ausgeschlossen wären. Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie bereits vorn dargetan worden ist⁶¹, findet die Offizialmaxime nur dort Anwendung, wo das Interesse des Staates überwiegt, während sie dort auszuschliessen ist, wo die Interessen des einzelnen im Vordergrund stehen.

Entsprechend dem Persönlichkeitsrecht des Individuums hat der Gesetzgeber die Entscheidung über die Auflösung der Ehe den Ehegatten selbst überlassen⁶². Allerdings hat die Privatperson dem Staat gegenüber kein Individualrecht auf den Bestand ihrer zerrütteten Ehe, wie sie einen An-

55) Art. 158, Ziff. 3 ZGB, wonach Parteierklärungen irgendwelcher Art für den Richter nicht verbindlich sind.

56) Gisi, S. 443.

57) Baur, S. 65 ff.

58) Baur, S. 69; ebenso Gisi, S. 444.

59) Baur, S. 69; ebenso Gisi, S. 444.

60) Nähere Ausführungen darüber, welche Tatsachen den Scheidungsgrund bejahen und welche ihn verneinen, vgl. bei Baur, S. 70 ff.; Gisi, S. 453 ff.

61) S. 36 f.

62) Gisi, S. 430 f.; Baur, S. 81; Pflügghardt, S. 218.

spruch auf die Eheschliessung hat⁶³. Bei dem Recht auf Ehescheidung handelt es sich vielmehr lediglich um ein blosses Recht des einzelnen auf Aufrechterhaltung seiner Ehe gegenüber dem Staat, selbst wenn diese tief zerrüttet ist. Dieses Recht ergibt sich ausdrücklich aus den in allen, die einzelnen Scheidungsgründe näher umschreibenden, Artikeln⁶⁴ immer wieder vorkommenden zwei Worten „so kann“, welche darauf hinweisen, dass der verletzte Ehegatte nicht auf Scheidung klagen muss. Vielmehr ist ihm unbenommen, auf sein Klagerecht zu verzichten⁶⁵. Aus dem Recht des einzelnen, selbst entscheiden zu können, ob er auf Scheidung, resp. Trennung klagen will oder nicht, folgt sein Recht, frei zu bestimmen, ob er seine Klage zurückziehen, oder den Prozeß fortsetzen will⁶⁶. Außerdem spricht Art. 145 Abs. 2 ZGB den Grundsatz aus, dass der Richter die Scheidung nicht aussprechen darf, wenn ein Ehegatte auf Trennung und nicht auf Scheidung klagt. Das bedeutet, dass der Richter in diesem Falle an das Parteibeghehren gebunden ist, dass also Dispositionsmaxime zur Anwendung kommt.

Im umgekehrten Falle hingegen, also wenn die Klage auf Scheidung lautet, kann der Richter nur auf Trennung erkennen, wenn Aussicht auf Wiedervereinigung der beiden Eheleute besteht⁶⁷. Diese Beschränkung der Parteidisposition erklärt sich schon aus dem überwiegenden Interesse des Staates an der Erhaltung einer gesunden Ehe⁶⁸.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass schon von Gesetzes wegen Dispositionsmaxime gilt in bezug auf die Anhebung, den Rückzug und die Änderung der Scheidungsklage⁶⁹. Der Richter ist nur an die Anträge der Parteien gebunden, sofern die Klage auf Trennung lautet. Hingegen wird die Dispositionsmaxime von der Offizialmaxime abgelöst, wenn die Parteianträge auf Scheidung gehen.

Außerdem hat der Kläger das Recht, frei über die Substanziierung seines Scheidungsantrages zu disponieren⁷⁰. Daraus folgt, dass sich der Richter in seinen Untersuchungen auf den vom Kläger geltend gemachten Scheidungsgrund beschränken muss. Er darf keine Erhebungen darüber anstellen, ob die Ehe auch noch aus einem anderen, als dem geltend gemachten, Grunde geschieden werden könnte⁷¹. Der Richter ist also an die Klagebegehren der Parteien gebunden, er darf ihnen weder mehr noch etwas anderes zusprechen, als worum sie gebeten haben^{72, 73}.

63) Art. 54 BV.

64) Art. 137—142 ZGB.

65) Gisi, S. 430 f; Pfleghardt, S. 218; Baur, S. 81; Egger zu Art. 158 ZGB, N. 7; Gmür zu Art. 158 ZGB; N. 19.

66) Gisi, S. 430 f; Baur, S. 81, Pfleghardt, S. 218; Egger zu Art. 158 ZGB, N. 7; Gmür zu Art. 158 ZGB, N. 19.

67) Art. 146, Abs. 3 ZGB.

68) Pfleghardt, S. 218.

69) Gisi, S. 431.

70) Gisi, S. 434; Baur, S. 81; Pfleghardt, S. 218.

71) SJZ 18/297; BlZR 37/Nr. 113.

cc. Art. 158 Ziff. 4 ZGB: „Dem Richter steht die freie Beweiswürdigung zu.“

Diese Bestimmung stellt die logische Folge der beiden bereits genannten dar und ist in diesen bereits enthalten. Aus diesem Grunde erübrigen sich hier weitere Ausführungen⁷⁴.

d. Die Verfahrensgrundsätze bei der Regelung der Nebenfolgen

In Literatur und Praxis besteht im allgemeinen Einigkeit darüber, dass die Verfahrensgrundsätze des Art. 158 Ziff. 1 bis 5 ZGB auch bei der Regelung der Nebenfolgen gelten⁷⁵. Mit Gisi⁷⁶ ist darin einig zu gehen, dass sich die Anwendung der Offizialmaxime bereits aus den betreffenden einzelnen Bestimmungen ergebe. Auf der anderen Seite wird sowohl in der Literatur als auch in der Praxis mehrfach die Meinung vertreten, dass vornehmlich bezüglich der vermögensrechtlichen Nebenfolgen, also Entschädigungs- und Genugtuungsansprüchen aus Art. 151 Abs. 1 und 2 ZGB und Unterhaltsansprüchen aus Art. 152 ZGB, die Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses Anwendung finden sollten⁷⁷.

Da es den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, wollte man bei allen Nebenfolgen untersuchen, nach welchen Verfahrensgrundsätzen sie zu regeln sind, sei die folgende Betrachtung auf die abänderbaren Nebenfolgen, also auf die Gestaltung der Elternrechte⁷⁸ und die Zusprechung einer Unterhaltsleistung in Rentenform beschränkt⁷⁹.

aa. *Die Gestaltung der Elternrechte gemäss Art. 156 ZGB:* Wie weiter hinten noch eingehender darzustellen sein wird⁸⁰, steht bei dieser Nebenfolge das Wohl des Kindes im Vordergrund. Diese Nebenfolge hat somit in erster Linie Fürsorgecharakter, ähnlich den Massnahmen der Art. 283 ff. ZGB. Hier wie dort stehen die Interessen des Staates als Beschützer seiner jungen Staatsbürger, den Trägern des Staates von morgen, im Spiele.

72) Baur, S. 82 f; Gisi, S. 434; Pflughardt, S. 218; Seeger, S. 166a und 171a; BlZR 35/Nr. 66.

73) Näheres vgl. bei Baur, S. 80 ff.

74) Näheres vgl. bei Baur, S. 85 ff.

75) Egger zu Art. 158 ZGB, N. 7; Gmür zu Art. 158 ZGB, N. 7; Gisi, S. 461; BGE 71 II 206, E. 2.

76) Gisi, S. 461; ebenso Gmür zu Art. 158 ZGB, N. 3a.

77) Gisi, S. 464; Guldener, I/107; BGE 72 II 206.

78) Art. 156 ZGB, abänderbar gemäss Art. 157 ZGB.

79) Art. 152 ZGB, abänderbar gemäss Art. 153, Abs. 2 ZGB. Die neueste Praxis des Bundesgerichts — BGE 71 II 7 — und des zürcherischen Obergerichts — BlZR 46/Nr. 70 — stehen allerdings auf dem Standpunkt, dass auch die Entschädigungsleistung abänderbar sei, sofern sie in Rentenform geschuldet ist und soweit sie eine Entschädigung für verlorenen Unterhalt darstellt. Wie aber in anderem Zusammenhang — S. 59 ff — noch näher darzulegen sein wird, kann dieser Auffassung nicht zugestimmt werden. Abänderbar sind einzig und allein die Unterhaltsrenten aus Art. 152 ZGB.

80) S. 70 ff.

Daraus lässt sich schliessen, dass bei der Regelung der Elternrechte in erster Linie *Offzialmaxime* zu gelten hat. In diesem Sinne ist auch der Wortlaut des Art. 156 Abs. 1 ZGB zu verstehen, wonach der Richter angewiesen wird, die nötigen Verfügungen zu treffen. Allerdings wäre es möglich, dass der Gesetzgeber damit lediglich die sachliche Zuständigkeit bestimmen wollte, dass er also darauf hinweisen wollte, dass der Richter und nicht irgendeine andere Behörde diese Verfügungen zu treffen habe. Doch auch der blosser Hinweis auf die sachliche Zuständigkeit vermöchte die Anwendung der *Offzialmaxime* nicht auszuschliessen. Schon allein die Tatsache, dass der Gesetzgeber einen Vertreter des Staates — gleichgültig ob den Richter oder die Vormundschaftsbehörde — anweist, im Scheidungsprozess über die Gestaltung der Elternrechte zu wachen, deutet auf die Anwendung der *Offzialmaxime* hin.

Nun bestimmt allerdings der gleiche Art. 156 in Abs. 1, dass der Richter die Eltern anhören solle, bevor er seine Verfügungen trifft — was auf die Anwendung der *Dispositions-* resp. *Verhandlungsmaxime* hindeuten würde. Trotzdem kann in diesem Passus kein Einbruch in die *Offzialmaxime* gesehen werden. Wenn Art. 156 Abs. 1 den Richter anweist, die Eltern anzuhören, so will das noch keineswegs heissen, dass er an die Wünsche der Eltern gebunden sei. Vielmehr sollte dem Richter dadurch ein Mittel zur besseren Erforschung der Verhältnisse gegeben werden. Denn die Eltern sollten über den Charakter und die Eigenheiten des Kindes am besten orientiert und somit am ehesten in der Lage sein, dem Richter ein wahrheitsgetreues Bild der Verhältnisse zu geben. Immerhin hat der Richter zu berücksichtigen, dass die Eltern unter Umständen nicht nur die Interessen ihrer Kinder zu wahren suchen, sondern in erster Linie darauf ausgehen, ihren eigenen Interessen zu dienen. Solche Versuche werden etwa aktuell, wenn auf Kinderseiten ein grosses Vermögen vorhanden ist, dessen Nutzniessung dem Inhaber der elterlichen Gewalt zukommen würde. Um diesen Gefahren auszuweichen, müssen *Dispositions-* und *Verhandlungsmaxime* von der Regelung dieser Nebenfolgen ausgeschlossen werden.

Die unbeschränkte Geltung der *Offzialmaxime* bei der Gestaltung der Elternrechte hat einige Autoren veranlasst, die Zulassung von *Parteivereinbarungen* nach Art. 158 Ziff. 5 ZGB abzulehnen⁸¹. Dazu besteht jedoch kein Grund. Wie Ziff. 5 des Art. 158 ZGB ausdrücklich darlegt, bedürfen *Parteivereinbarungen* der Genehmigung des Richters. Eine freie *Parteivereinbarung* ist infolgedessen nicht möglich. Der Richter hat als letzte Instanz zu prüfen, ob die Massnahmen, welche die Parteien unter sich vereinbart haben, in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zulässig sind. Nur eine solche Vereinbarung hat Aussicht auf Genehmigung; die *Parteivereinbarung* enthält also nicht die Möglichkeit egozentrischer Freiheit.

Für die Zulässigkeit der *Parteivereinbarungen* bei der Gestaltung der Elternrechte spricht auch der Umstand, dass nach dem Wortlaut des Ge-

81) Gisi, S. 465; Brandenberger, S. 70 f.

setzes der Richter die Eltern anzuhören habe. Somit kann die Parteivereinbarung ihrerseits als Meinungsäusserung der Ehegatten bezüglich der Gestaltung der Elternrechte aufgefasst werden. Ist der Richter mit der getroffenen Vereinbarung einverstanden, so wird er diese ohne weiteres genehmigen; ist er umgekehrt mit dem Inhalt der Parteikonvention nicht einverstanden, so wird er die Genehmigung verweigern und an deren Stelle eine neue Regelung treffen⁸².

Aus diesen Gründen ist nicht einzusehen, warum sich Officialmaxime und Parteivereinbarungen nach Art. 158 Ziff. 5 ZGB gegenseitig ausschliessen sollten.

bb. Die Unterhaltsrente gemäss Art. 152 ZGB: Ob für die Regelung der Unterhaltsansprüche Officialmaxime oder die Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses gelten, darüber gehen die Meinungen auseinander. Die meisten Autoren⁸³ vertreten die Auffassung, dass es sich bei dieser Nebenfolge um rein private Vermögensinteressen handle, was die Anwendung der Officialmaxime ausschliesse. Demgegenüber ist Gmür der Meinung, aus Ziff. 3 des Art. 158 ZGB — „Parteierklärungen irgendwelcher Art sind für den Richter nicht verbindlich“ — ergebe sich die Anwendung der Officialmaxime auch für die Zuspreehung einer Unterhaltsrente⁸⁴.

Wie schon mehrfach dargetan worden ist⁸⁵, findet die Officialmaxime in den Fällen Anwendung, in welchen das Interesse der Allgemeinheit im Spiele steht. Umgekehrt sind die Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses gerechtfertigt, wenn die Interessen der Privaten zur Diskussion stehen. Bei der Entscheidung über die hier zu behandelnden Frage ist somit in erster Linie zu untersuchen, wessen Interessen im Spiele stehen.

Wie noch in anderem Zusammenhang⁸⁶ zu erörtern sein wird, handelt es sich bei der Unterhaltsleistung um eine Billigkeitsleistung, die dem schuldlosen Ehegatten nur bei grosser Bedürftigkeit zugesprochen werden kann. Diese Leistung will verhindern, dass ein Ehegatte infolge der Ehescheidung der Öffentlichkeit zur Last fallen würde. Daraus ergibt sich, dass die Allgemeinheit in den erwähnten Fällen ein überwiegendes Interesse an der Zuspreehung einer solchen Leistung hat. Aus diesem Grunde darf die Anwendung der Officialmaxime unter keinen Umständen ausgeschlossen werden⁸⁷.

Weiter machen die Befürworter der Anwendung der Dispositions- resp. Verhandlungsmaxime geltend, die Tatsache, dass Art. 158 Ziff. 5 ZGB

82) BGE 71 II 206, E. 3: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf der Richter entweder eine Parteivereinbarung vollumfänglich genehmigen oder er muss ihr die Genehmigung versagen. Nur einzelne Punkte zu genehmigen, geht nicht an.

83) Egger zu Art. 158 ZGB, N. 13; Landolt, S. 78; Brandenberger, S. 71; Grendelmeyer, S. 149; BIZR 8/Nr. 108; anderer Meinung: Gisi, S. 465.

84) Gmür, Kommentar zu Art. 158 ZGB, N. 7.

85) S. 36.

86) S. 68 ff.

87) Hübscher, S. 39.

lediglich Vereinbarungen über die vermögensrechtlichen Nebenfolgen zulasse, deute auf die Anwendung der prozessrechtlichen Verfahrensgrundsätze hin. Wie aber bereits im vorhergehenden Abschnitt⁸⁸ ausgeführt wurde, und wie sich auch aus dem Wortlaut des Gesetzes⁸⁹ ergibt, bedürfen solche Vereinbarungen zu ihrer Rechtsgültigkeit der Genehmigung des Richters. Nach der Meinung des Gesetzgebers sollte dieser als neutrale Instanz den berechtigten Ehegatten vor ungerechtfertigten Beeinflussungen durch den anderen Ehegatten schützen⁹⁰. Gleichzeitig sollte durch die Genehmigung vermieden werden, dass sich ein Ehegatte die Scheidung dadurch erkaufte, dass er dem anderen eine hohe Abfindungssumme anbietet. Beide Momente deuten aber eher auf die Anwendung der *Offizialmaxime* als der *Dispositions- resp. Verhandlungsmaxime* hin.

Ausserdem lässt sich die Anwendung der *Offizialmaxime* mit dem engen sachlichen Zusammenhang zwischen Ehescheidung und der Regelung der Nebenfolgen⁹¹ begründen. Die Tatsache, dass Ehescheidung und Regelung der Nebenfolgen in sachlicher Hinsicht in engen Beziehungen zueinander stehen⁹², lässt den Schluss zu, dass für die Regelung der Nebenfolgen die gleichen Verfahrensgrundsätze zur Anwendung kommen wie im Scheidungsprozess. Wie bereits im vorigen Abschnitt dargestellt wurde, herrscht aber im Scheidungsprozess die *Offizialmaxime* vor.

Mit diesen Ausführungen ist gleichzeitig die ebenfalls umstrittene Frage, ob der Richter von Amtes wegen, auch ohne Antrag einer Partei, eine Unterhaltsleistung zusprechen muss, entschieden. Das überwiegende Interesse der Öffentlichkeit an der Zusprechung einer Unterhaltsrente und die damit in Zusammenhang stehende Anwendung der *Offizialmaxime* sprechen für die Pflicht des Richters, auch ohne diesbezüglichen Parteiantrag — von Amtes wegen — zu untersuchen, ob die Ehescheidung die Bedürftigkeit eines Ehegatten bewirkt. Ist dies der Fall, so hat der Richter — immer unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Pflichtigen — dem Bedürftigen *ex officio* eine Unterhaltsleistung aus Art. 152 ZGB zuzusprechen.

cc. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die *Offizialmaxime* nicht nur für die Ehescheidung, sondern in weitgehendem Masse auch für die Regelung der Nebenfolgen anzuwenden ist. Bei der Ehescheidung wie bei der Regelung der Nebenfolgen, namentlich aber bei der Gestaltung der Elternrechte und bei der Zusprechung einer Unterhaltsleistung, werden öffentliche Interessen tangiert. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber in Art. 158 Ziff. 5 die Parteikonventionen dem richterlichen Prüfungsrecht unterstellt und dadurch in weitgehendem Masse ausdrücklich die Anwendung der *Offizialmaxime* bei der Regelung der Nebenfolgen statuiert. Auch wenn der Wortlaut des Gesetzes Parteivereinbarungen zulässt, bedeutet

88) S. 41.

89) Art. 158, Ziff. 5 ZGB.

90) Egger zu Art. 158 ZGB, N. 14.

91) S. 74 ff. 92) S. 81.

das richterliche Prüfungsrecht im Grunde genommen doch nichts anderes als eine Anweisung an den Richter, als Vertreter der Allgemeinheit ex officio über die Regelung der Nebenfolgen zu wachen.

Damit konnte nachgewiesen werden, dass zwischen Ehescheidung und Regelung der Nebenfolgen eine Verfahrenseinheit besteht und dass anderseits die Regelung der Nebenfolgen weitgehend nach den gleichen Prozessgrundsätzen zu erfolgen hat wie die Ehescheidung im engeren Sinne. Somit ist der Beweis erbracht, dass in prozessualer Hinsicht zwischen Ehescheidung und Regelung der Nebenfolgen eine Einheit — „die Ehescheidung im weiteren Sinne“ — besteht. Nun bleibt noch zu untersuchen, wie sich das Verhältnis dieser Einheit zu der Abänderung des Scheidungsurteils gestaltet.

II. Das Verhältnis zwischen Ehescheidung im weiteren Sinne und Abänderungsverfahren⁹³.

Bei der Darstellung des prozessualen Zusammenhanges zwischen Scheidungsprozess und Abänderungsverfahren wird man das Augenmerk in erster Linie auf den Zusammenhang zwischen der Regelung der Nebenfolgen im Scheidungsurteil und der Abänderung des Scheidungsurteils bezüglich dieser Nebenfolgen richten müssen. Gelingt es, in dieser Hinsicht einen Zusammenhang aufzudecken, so ist gleichzeitig der Zusammenhang zwischen Ehescheidung im weiteren Sinne und Abänderung nachgewiesen, d. h., dass, wie bereits im letzten Abschnitt festgestellt worden ist, zwischen Ehescheidung im engeren Sinne und Regelung der Nebenfolgen ein enger Zusammenhang in prozessualer Hinsicht besteht.

Da schon über das Wesen des Abänderungsverfahrens die Meinungen differieren, mag es wünschbar sein, sich zunächst hierüber einige Gedanken zu machen. Dabei sei das Augenmerk vornehmlich auf die hier interessierende Frage gerichtet, auf die Frage nämlich, ob die Abänderung eine Fortsetzung des Scheidungsprozesses darstellt, oder ob es sich prozessual um ein neues Verfahren handelt.

1. Das Wesen der Abänderung im allgemeinen

Voraussetzung eines Abänderungsverfahrens ist die Änderung der Verhältnisse: Seit Ausfällung des Scheidungsurteils müssen sich die tatsächlichen Verhältnisse derart geändert haben, dass zwischen der im Scheidungsurteil getroffenen Regelung und der im Moment der Anhebung der Abänderungsklage tatsächlich bestehenden Lage eine erhebliche Diskrepanz besteht.

93) Wo im folgenden von Ehescheidung die Rede ist, soll die Ehescheidung im weiteren Sinne, also die Ehescheidung im engeren Sinne plus Regelung der Nebenfolgen, verstanden werden.

In Literatur und Praxis wird heute mehrheitlich die Auffassung vertreten, der Umstand, dass ein einmal gefälltes Urteil beim Eintritt neuer, eine andere Beurteilung der Streitsache rechtfertigender, Tatsachen in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen wieder abgeändert werden könne, stelle eine „aus Billigkeitserwägungen entstandene, . . . in gesetzliche Form gekleidete Rechtswohltat der *clausula rebus sic stantibus*“ (cl.r.s.st.) dar⁹⁴. Dabei stellen die Vertreter dieser Auffassung einen Vergleich mit dem Vertragsleben an. Gleich wie die cl. r. s. st. die Auflösung langfristiger Verträge ermögliche, wenn das Weiterbestehen des Vertrages für den Schuldner eine ruinöse Last bedeuten würde, bewirkt die Abänderung eine Abschwächung der Rechtskraft eines Scheidungsurteiles, wenn sich die Verhältnisse derart verändert haben, dass durch das Festhalten an der eingegangenen Rechtsbeziehung harte Unbilligkeiten entstehen würden.

Obwohl eine Parallelität zwischen beiden Fällen unverkennbar ist, erscheint die Anwendung der cl. r. s. st. auf das Abänderungsverfahren doch verfehlt. Wie Wäsch⁹⁵ richtig ausführt, hat das Bundesgericht die cl. r. s. st. auf das Vertragsleben verwiesen und deren Anwendung im Familienrecht ausdrücklich verneint⁹⁶. Nach der Praxis des Bundesgerichts findet diese Klausel nur Anwendung, wenn „eine ausserordentliche, nicht voraussehbare und derart erhebliche Leistungerschwerung vorliegt, dass die Vertragserfüllung fortan für den Schuldner eine ruinöse Last bedeuten würde“⁹⁷. Einen von der Praxis so bestimmt umschriebenen und ausdrücklich auf das Vertragsleben beschränkten Begriff auf ein anderes Rechtsgebiet zu übertragen, geht nicht an. Ein solches Vorgehen würde notwendigerweise zu Begriffsverwirrungen und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit führen.

Aus diesem Grunde ist Wäsch⁹⁸ zur Ansicht gelangt, dass das Abänderungsverfahren, ähnlich wie das ausserordentliche Rechtsmittel der Restitution⁹⁹ ein vom Gesetz aufgestelltes Mittel zur Beseitigung der Rechtskraft darstelle. Nur der Gesetzgeber könne bestimmen, „wann die Wirkung eines so wichtigen Institutes, wie die Rechtskraft“¹⁰⁰ es sei, untergehe. Weiter führt Wäsch aus: „Mit dieser Möglichkeit, welche er¹⁰¹ nur für

94) Michel, S. 32; ebenso Brandenberger, S. 34; Egger zu Art. 157 ZGB, N. 1; Gmür zu Art. 157 ZGB, N. 2; BGE 39 II 21, E. 4; SJZ 16/Nr. 23, S. 110; BIZR 12/Nr. 91, S. 124; Landolt, S. 84.

95) Wäsch, S. 42.

96) BGE 51 II 21.

97) BGE 48 II 451; ebenso 45 II 355 und 398; 47 II 457 ff; 48 II 246 f; 50 II

98) Wäsch, S. 44 f; ebenso Guldner I/S. 252.
264; 56 II 194; 59 II 372; 62 II 42; Wäsch, S. 42.

99) Das zürcherische Obergericht und Wäsch sprechen von Restitution. Dieses Rechtsmittel wird jedoch nur zur Wiederherstellung von versäumten Fristen und Revision und nicht die Restitution gemeint ist.

100) Wäsch, S. 44 f.

101) Der Gesetzgeber.

äusserst wenige Fälle vorsieht, versucht er, dem Leben gerecht zu werden, um ein Urteil für den Verpflichteten nicht zu einer untragbaren und ungewollten Last werden zu lassen. So unerschütterlich die Rechtskraft auf der einen Seite sein muss, um die Rechtssicherheit zu gewährleisten, so wenig darf sie auf der anderen Seite das materielle Recht in unbilliger Weise beeinflussen. Ein Recht, das sich nicht anzupassen weiss, das nicht den konkreten Lebensverhältnissen entspricht, ist eben kein richtiges Recht.¹⁰²

Auch der Ansicht Wäschs kann nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Nach seiner Auffassung, wie übrigens auch nach der herrschenden Meinung, stellt das Abänderungsverfahren ein Mittel zur Beseitigung der Rechtskraft dar. Wie aber Wäsch selbst ausgeführt hat¹⁰³, muss zur Gewährleistung der Rechtssicherheit unerschütterlich an der Rechtskraft festgehalten werden. Denn erst die Rechtskraft¹⁰⁴, d. h. die Verbindlichkeit des Urteils, ermöglicht es, den einmal vom Zaun gebrochenen Streit durch den Richter endgültig aus der Welt zu schaffen und vermittels abstrakter Normen den Rechtszustand im konkreten Einzelfall klarzustellen, was doch das Ziel jeder Rechtsprechung ist. Sobald jedoch die Rechtskraft eines Urteils abgeschwächt wird, indem es — sei es in seinem vollen Umfange, sei es teilweise — relativ rechtskräftig wird¹⁰⁵, indem es der cl. r. s. st. unterstellt wird¹⁰⁶, oder indem ein gesetzliches Mittel seine Rechtskraft hemmt¹⁰⁷, leidet die Rechtssicherheit. Aus diesen Gründen soll die Rechtssicherheit auch bei der Rechtsanwendung oberster Grundsatz sein und die Rechtskraft eines Urteils nur in äusserst dringenden Notfällen abgeschwächt werden. Ein solcher Notfall liegt beim Abänderungsverfahren jedoch nicht vor. Denn eine neueste Untersuchung¹⁰⁸ kommt zu dem überzeugenden Ergebnis, dass das Abänderungsverfahren die Rechtskraft eines Urteils nicht abschwächt, sondern im Gegenteil verschärft: Im Prozessrecht gilt der Grundsatz, dass sich das rechtskräftige Urteil auf die Rechtslage stützt, wie sie im Zeitpunkt der Urteilsfällung bestanden hat. Bei prognostischen Urteilen kann sich in der Folge die Rechtslage gegenüber der vom Richter vorausgesagten Zukunftsentwicklung ändern, indem in einem bestimmten Zeitpunkt die wirkliche Lage mit derjenigen, wie sie der Richter für diesen Zeitpunkt vorausgesehen hatte, nicht mehr übereinstimmt. Durch diese

102) Wäsch, S. 44.

103) Wäsch, S. 44.

104) Es ist zu unterscheiden zwischen materieller und formeller Rechtskraft. „Die materielle Rechtskraft bedeutet“ nach Guldener — I/S. 253 — „die Verbindlichkeit eines Urteils für spätere Prozesse der durch die Rechtskraft betroffenen Personen“, während die formelle Rechtskraft in der Unveränderlichkeit des Urteils besteht.

105) BGE 39 II 21, E. 4; SJZ 16/Nr. 23, S. 110.

106) BIZR 12/Nr. 91, S. 124; Egger zu Art. 157 ZGB, N. 1; Gmür zu Art. 157 ZGB, N. 2; Brandenberger, S. 34; Michel, S. 31 ff.

107) Wäsch, S. 44 f.

108) Knecht, S. 47 und S. 60.

unvorhergesehene Entwicklung entstehen neue, subjektive Ansprüche, auf die sich jede Partei in einem neuen Prozess berufen kann, was nicht im Widerspruch zur Rechtskraft eines Urteils steht.

Um eine solche Änderung der Rechtslage handelt es sich bei der Abänderung von Scheidungsurteilen. Bei der Regelung der Nebenfolgen hat der Richter allerdings bereits die zukünftige Lage weitgehend berücksichtigt. Wie soeben ausgeführt wurde, sind Zukunftsprognosen so ungewiss, dass leicht der Fall eintreten kann, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse anders gestalten, als zur Zeit der Ehescheidung voraussehbar war. Diese Diskrepanz zwischen Wirklichkeit und den dem Scheidungsurteil zugrunde gelegenen Tatsachen soll mit dem Abänderungsverfahren ausgeglichen werden. Darin, dass die tatsächliche Entwicklung der Prognose des Richters widerspricht, lässt sich nach Knecht „eadem res“ nur rein formell, vom Urteil her konstruieren. Materiell hingegen liegen neue Ansprüche vor. Somit könnte das Scheidungsurteil bei Änderung der Verhältnisse auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung der neuen tatsächlich bestehenden Lage angepasst werden. Wenn der Gesetzgeber die Abänderung trotzdem normierte und darüber hinaus bestimmte, dass das Scheidungsurteil nur bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse abgeändert werden könne, so wollte er damit zum Ausdruck bringen, dass das Scheidungsurteil nicht schon bei jeder geringfügigen Abweichung der Wirklichkeit gegenüber der im Scheidungsurteil prognostizierten Lage abgeändert werden könne, sondern dass nur wesentliche Veränderungen eine Beurteilung der neuen Tatsachen rechtfertige, was zweifellos einer Verschärfung der Rechtskraft des Urteils gleichkommt¹⁰⁹.

Damit lässt schon das Wesen des Abänderungsverfahrens als einer Beurteilung neuer Tatsachen, erkennen, dass dieses Verfahren, prozessrechtlich gesehen, ein vom Scheidungsprozess unabhängiges Verfahren darstellt.

Aber nicht nur aus dem Wesen des Abänderungsverfahrens vermag man darzutun, dass Scheidungsprozess und Abänderungsverfahren zwei voneinander unabhängige Prozesse sind; zum gleichen Resultat kommt man auch durch Anstellen prozessrechtlicher Überlegungen im engeren Sinne.

2. Prozessrechtliche Überlegungen im engeren Sinne

Hier ist zu untersuchen, ob das Abänderungsverfahren, prozessrechtlich gesehen, eine „Wiederaufnahme und Fortsetzung des Scheidungsverfahrens“¹¹⁰ darstellt, wie das zürcherische Obergericht behauptet, oder ob das Abänderungsverfahren ein neues Verfahren ist¹¹¹, wie das Bundesgericht mehrfach ausgeführt hat.

109) Näheres darüber vgl. bei Knecht, S. 44 ff, insbesondere S. 59 ff.

110) BIZR 12/Nr. 189, S. 306.

111) BGE 42 I 334; 46 II 338; 51 II 97; 61 II 26; 67 II 64.

Wäre die Meinung des zürcherischen Obergerichts richtig, dann müssten der Streitgegenstand, die Parteistellung und die Verteilung der Beweislast im Abänderungsverfahren gleich sein wie im Ehescheidungsprozess: Im Abänderungsverfahren müsste wieder die gleiche Frage zur Diskussion stehen wie im Ehescheidungsprozess, die gleichen Parteien würden wieder vor den Richter treten und die Verteilung der Beweislast wäre in beiden Fällen die gleiche¹¹². Dieser Ansicht hält das Bundesgericht¹¹³ in überzeugender Weise entgegen, dass es sich bei der Abänderung „nicht um ein Wiederaufleben des Scheidungsprozesses, sondern um ein neues Verfahren handle“, indem der Ehescheidungsprozess „mit dem Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils sein Ende“ erreicht. Für einen späteren Rechtsstreit könne niemals die Identität des geltend gemachten Anspruches gegeben sein: Bei der Scheidungsklage sei Klagegrund das Verhältnis zwischen den Ehegatten, die Klage gehe auf Lösung des ehelichen Bandes, während die Regelung der Nebenfolgen¹¹⁴ prozessual nur als Nebenanspruch in Betracht falle. Bei der Abänderungsklage werde dagegen das frühere Accessorium zum alleinigen Prozessgegenstand.

In bezug auf die Parteien führt das Bundesgericht aus¹¹⁵, dass im Abänderungsverfahren die Identität der Parteien mit denjenigen des Scheidungsprozesses gegeben sei. Wie noch eingehender darzustellen sein wird¹¹⁶, vermögen in diesem Punkte die bundesgerichtlichen Ausführungen nicht ganz zu überzeugen.

Weiter stellt das Bundesgericht¹¹⁷ fest, dass die Veränderung der Verhältnisse seit Ausfällung des Scheidungsurteils, die ja Voraussetzung zur Anhebung eines Abänderungsverfahrens darstellt, ein neues Beweisverfahren fordere.

Trotz dieser zum Teil überzeugenden Ausführungen des Bundesgerichts erscheint in diesem Zusammenhang eine eingehendere Darstellung der prozessualen Verhältnisse notwendig.

a. Identität des geltend gemachten Anspruches: Schon die Tatsache, dass sich das Abänderungsbegehren auf die Nebenfolgen bezieht, weist darauf hin, dass der im Abänderungsverfahren geltend gemachte Anspruch nicht der gleiche sein kann wie im Scheidungsprozess. Während das Scheidungsurteil in erster Linie die Lösung des ehelichen Bandes zum Gegenstand hatte, und die Regelung der Nebenfolgen im allgemeinen prozessual als

112) Rosenberg, S. 707.

113) BGE 46 II 338.

114) Das Bundesgericht spricht nur von der Kinderzuteilung, weil in dem genannten Fall — BGE 46 II 333 ff — die Änderung in bezug auf die Kinderzuteilung in Frage stand. Was aber für die Frage der Gestaltung der Elternrechte im speziellen gilt, gilt auch für die Regelung der Bedürftigkeitsgrenze resp. für die Abänderung dieser beiden Nebenfolgen.

115) BGE 46 II 337.

116) S. 49 ff.

117) BGE 46 II 338.

Nebenanspruch in Betracht kam, sind bei der Änderung gerade diese Accessoria Hauptgegenstand des Prozesses. Bei der Ehescheidung stand vor allem das Interesse der beiden Ehegatten im Vordergrund des Prozesses, im Abänderungsverfahren dagegen überwiegt das Interesse des Kindes, resp. die vermögensrechtlichen Interessen der beiden Ehegatten, je nachdem, ob das Kinderzuteilungsdispositiv oder die Bedürftigkeitsrente abgeändert wird. Während im Scheidungsprozess Klagegrund das persönliche Verhältnis der Ehegatten war, ist es im Abänderungsverfahren das Verhältnis zwischen dem Inhaber der elterlichen Gewalt und dem ihm anvertrauten Kinde, wobei nicht das persönliche Interesse der beiden Parteien massgebend ist, sondern dasjenige des Kindes¹¹⁸.

b. Identität der Parteien: In bezug auf die Abänderung von Scheidungsurteilen hinsichtlich der Gestaltung der Elternrechte ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 157 ZGB, dass im Abänderungsprozess zum mindesten bezüglich der Aktivlegitimation die Identität der Parteien nicht gegeben ist. Dagegen hängt die Frage nach der Identität der Parteien bei der Abänderung von Scheidungsurteilen hinsichtlich der Unterhaltsrente davon ab, ob diese vererblich ist und wie sie eventuell vererbt werden kann — ob nur auf seiten des Pflichtigen oder auch auf seiten des Berechtigten. Da anderseits bei der Abänderung eines Kinderzuteilungsdispositivs auch in bezug auf die Passivlegitimation Unklarheiten¹¹⁹ über die Identität der Parteien bestehen, sei das Problem der Identität der Parteien für beide Abänderungsbegehren gesondert betrachtet.

aa. Identität der Parteien bei der Abänderung einer Unterhaltsrente: Ob im Abänderungsverfahren wieder die gleichen Parteien auftreten wie bei der Ehescheidung hängt davon ab, ob die Unterhaltsrente vererblich ist oder nicht. Dabei ist sowohl die aktive als auch die passive Vererblichkeit, also die Vererblichkeit des Anspruches auf seiten des Berechtigten als auch diejenige der Zahlungspflicht auf seiten des Schuldners, zu berücksichtigen.

Die aktive Vererblichkeit: Schon das Wesen der Unterhaltsleistung als einer mit der Ehescheidung entstehenden, auf Billigkeit beruhenden Unterhaltsleistung¹²⁰ des finanziell besser gestellten Ehepartners an den Bedürftigen, lässt erkennen, dass es sich hier um eine rein persönliche Leistung handelt. Daher kann der Anspruch nicht an die Nachkommen des berechtigten Ehegatten vererbt werden¹²¹.

118) BGE 36 II 337 f.

119) Für die Passivlegitimation spricht namentlich die frühere Praxis des Bundesgerichts; vgl. z. B. BGE 42 I 336; 61 II 24 ff; Michel, S. 82; BIZR 21/Nr. 126, S. 242 f; gegen die Passivlegitimation vgl. BGE 67 II 64; ZBJV 61/Nr. 20, S. 276; Stauffer in SJZ 20/372; BIZR 29/Nr. 22, S. 55.

120) S. 68 ff.

121) Hübscher, S. 140 f; Esener, S. 123; Brandenberger, S. 66; Grendelmeyer, S. 86; Gmür zu Art. 153 ZGB, N. 7; Egger zu Art. 153 ZGB, N. 4.

Die passive Vererblichkeit: Während früher die Meinungen über die passive Vererblichkeit der Unterhaltsrente auseinandergingen¹²², ist heute in der Literatur unbestritten, dass die Unterhaltsrente passiv nicht vererblich sei¹²³. Das Wesen der Unterhaltsrente als reiner Billigkeitsrente schliesse eine passive Vererblichkeit aus. Dieser Auffassung kann hier ohne Bedenken zugestimmt werden.

Zusammenfassung: Daraus, dass die Unterhaltsrente weder aktiv noch passiv vererblich ist, ergibt sich, dass bei der Abänderung eines Scheidungsurteils hinsichtlich der Unterhaltsrente die Identität der Parteien gegeben ist: Im Abänderungsverfahren treten die gleichen Parteien — die beiden Ehegatten — wieder auf wie im Ehescheidungsprozess.

bb. Identität der Parteien bei der Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs:

Aktivlegitimation: Schon aus dem Wortlaut des Art. 157 ZGB ergibt sich, dass im Abänderungsverfahren ausser den beiden Parteien des Scheidungsprozesses noch ein Dritter Partei sein kann. Indem der Gesetzgeber auch der Vormundschaftsbehörde ein Antragsrecht zubilligt, räumt er ihr gleichzeitig Parteistellung ein¹²⁴. Im Scheidungsprozess dagegen hat die Vormundschaftsbehörde auch hinsichtlich der Gestaltung der Elternrechte keine Parteistellung: Sie wird vom Richter lediglich zur Vernehmung, also gleichsam als Experte beigezogen¹²⁵. Daraus ergibt sich, dass bezüglich der Aktivlegitimation die Identität der Parteien nicht gegeben ist¹²⁶.

Passivlegitimation: Über die Passivlegitimation im Abänderungsverfahren kann dem Wortlaut des Gesetzes nichts entnommen werden. Daher stellt sich die Frage, wer im Abänderungsverfahren passivlegitimiert ist. In Literatur und Praxis¹²⁷ gehen die Meinungen darüber, dass Vater und Mutter nicht nur aktiv-, sondern auch passivlegitimiert seien, einig. Dagegen besteht Meinungsverschiedenheit über die Passivlegitimation der Vormundschaftsbehörde¹²⁸.

122) Näheres darüber vgl. bei Hübscher, S. 141 ff.

123) Hübscher, S. 143; Brandenberger, S. 66 f.; Grendelmeyer, S. 90; Esener, S. 121; Egger zu Art. 153 ZGB, N. 4; Gmür zu Art. 153 ZGB, N. 9.

124) Darüber, in welchem Umfange die Vormundschaftsbehörde von sich aus ein Scheidungsurteil abändern kann, d. h. über die Frage der sachlichen Zuständigkeit zur Abänderung eines Scheidungsurteils, ist damit noch nichts ausgesagt. Es würde auch zu weit führen, auf diesen, erst in neuerer Zeit entstandenen Meinungsstreit einzugehen; vgl. darüber beispielsweise BGE 47 II 380; 48 II 303; 51 II 3; 53 II 193; 54 II 71; 63 II 70; 65 II 79; 69 II 130.

125) Art. 156 Abs. 1 ZGB.

126) ebenso Landolt, S. 105.

127) So bietet beispielsweise die Frage nach der Passivlegitimation keine Schwierigkeiten, wenn im Scheidungsurteil das Kind dem einen Elternteil zugeteilt worden ist, zur Zeit der Abänderung beide Elternteile leben, und der andere Ehegatte den Antrag auf Abänderung des Scheidungsurteils stellt.

128) Für die Passivlegitimation sprechen sich aus: Das Bundesgericht in 42 I 336; 61 II 24; sowie das zürcherische Obergericht in BIZR 29/Nr. 22, S. 55; Michel, S. 82. Gegen die Passivlegitimation hat sich das Bundesgericht in einem

Diese Frage wird von Bedeutung, wenn einerseits im Scheidungsprozess beiden Ehegatten die elterliche Gewalt entzogen worden ist oder andererseits, wenn die elterliche Gewalt einem Ehegatten zugesprochen wurde, dieser aber inzwischen gestorben und die Gewalt an die Vormundschaftsbehörde übergegangen ist¹²⁹.

Zur Annahme, dass auch die Vormundschaftsbehörde passiv legitimiert sei, besteht kein Grund. Diese Auffassung lässt sich vornehmlich mit folgenden Überlegungen begründen:

1. Als passivlegitimierte Partei könnte die Vormundschaftsbehörde nur auftreten, wenn sie entweder eigene Interessen vertritt oder wenn sie als Vertreter eines anderen dessen Interessen wahrnimmt¹³⁰. Da die Vormundschaftsbehörde kein Recht, sondern die Pflicht zur Führung der Vormundschaft hat, muss ihre Stellung als eigene Rechte verteidigende Partei von vorneherein abgesprochen werden. Als Partei kann sie lediglich zur Wahrnehmung fremder Interessen auftreten. Dabei stellt sich die Frage, wessen Interessen sie im Abänderungsverfahren zu vertreten hat.

Nachfolger des verstorbenen Elternteils kann die Vormundschaftsbehörde nicht sein. Nach dem Tode des Inhabers der elterlichen Gewalt ist dessen Gewalt endgültig untergegangen und nicht auf die Vormundschaftsbehörde übertragen worden¹³¹ — die vormundschaftliche Gewalt stellt gleichsam einen Ersatz für die elterliche Gewalt dar, aber keineswegs ein Weiterdauern derselben¹³².

Da die Vormundschaftsbehörde also weder eigene Interessen vertreten kann, noch als Nachfolger der elterlichen Gewalt auftritt, bleibt einzig die Möglichkeit, dass sie die Interessen des Kindes wahrnimmt. Obwohl sich das Abänderungsverfahren in erster Linie um die Interessen des Kindes dreht, hat dieses keine Parteistellung inne. Schon von Gesetzes wegen ist die Rolle als Partei ausdrücklich nur den beiden Ehegatten und eventuell der Vormundschaftsbehörde — als aktivlegitimiert — verliehen worden¹³⁴.

Aus diesen Ausführungen kann gefolgert werden, dass die Vormundschaftsbehörde nicht passiv legitimiert sein kann.

neueren Entscheid — BGE 67 II 64 — ausgesprochen, jedoch mit der Einschränkung, dass in allen Fällen, in welchen ohne die Teilnahme der Vormundschaftsbehörde als Partei das Abänderungsverfahren überhaupt nicht durchführbar wäre, dieser die Passivlegitimation einzuräumen sei; eindeutig gegen die Passivlegitimation der Vormundschaftsbehörde haben Stellung genommen: der bern. Appellationshof in ZBJV 61/Nr. 20, S. 276; das zürcherische Obergericht in BlZR 31/Nr. 126, S. 242 f; Stauffer in SJZ 20/372.

129) BGE 47 II 380.

130) Guldener I/S. 142.

131) ebenso ZBJV 61/Nr. 20, S. 277.

132) In BGE 42 I 336 ist das Bundesgericht anderer Meinung. Diese Frage wird hier allerdings nicht eingehend behandelt, sondern lediglich gestreift.

133) Michel, S. 81; Egger, Einleitung zu Art. 360 ZGB, N. 14; Kaufmann, Einleitung zu Art. 360 ZGB, N 21; BGE 47 II 380; 67 II 69; ZBJV 61/Nr. 20, S. 277.

134) Michel, S. 81; ZBJV 61/Nr. 20, S. 277.

2. Michel¹³⁵ geht nun allerdings noch einen Schritt weiter, indem sie ausführt, beim Abänderungsverfahren handle es sich in gleicher Weise wie bei der Gestaltung der Elternrechte im Scheidungsprozess in erster Linie um die Kindesinteressen, und der Staat selbst habe ein grosses Interesse daran, dass das Kind unter normalen Verhältnissen aufwachse. Dieser Umstand rechtfertige die Passivlegitimation der Vormundschaftsbehörde als der Wahrerin der Kindesinteressen und gleichzeitigen Vertreterin des Staates. Aus dem gleichen Grunde — nämlich zur Wahrung der Kindesinteressen und gleichzeitig der Interessen des Staates — sei der Vormundschaftsbehörde auch die Stellung einer aktivlegitimierten Partei eingeräumt worden.

So überzeugend diese Argumente zunächst erscheinen mögen, so wenig können sie einer näheren Prüfung standhalten. Nachdem man keine Bedenken hatte, im Scheidungsprozess den Richter als den Vertreter des Staates — es sei hier daran erinnert, dass der Richter im Scheidungsprozess bei der Gestaltung der Elternrechte an die *Offizialmaxime* gebunden ist¹³⁶ — zur Wahrung der Kindesinteressen einzusetzen, ist nicht einzusehen, warum im Abänderungsverfahren diese Funktion eine andere Behörde übernehmen sollte. Oder sollte der Richter, nachdem er im Scheidungsprozess als fähig angesehen wurde, unter Anhörung der Eltern und gegebenenfalls der Vormundschaftsbehörde, die Kindesinteressen gebührend wahrzunehmen, im Abänderungsverfahren — wo doch die gleichen Fragen zu beurteilen sind¹³⁷ — etwa weniger in der Lage sein, das Wohl des Kindes zu vertreten?

3. Die Passivlegitimation der Vormundschaftsbehörde kann auch nicht ohne weiteres aus deren Aktivlegitimation abgeleitet werden. Die Aktivlegitimation der Vormundschaftsbehörde lässt sich damit rechtfertigen, dass das Abänderungsverfahren nicht von Amtes wegen, sondern erst auf Antrag hin durchgeführt wird. Würde nur den beiden Elternteilen ein Antragsrecht zugebilligt, so wäre der Fall denkbar, dass die Kindesinteressen und gleichzeitig auch diejenigen des Staates überhaupt nicht gewahrt werden könnten¹³⁸. Aus diesem Grunde muss auch einer staatlichen Institution ein Antragsrecht zustehen. Da zur Wahrung der Kindesinteressen die Vormundschaftsbehörde am geeignetsten erscheint, wurde ihr die Aktivlegitimation eingeräumt. Diese Überlegungen können jedoch nicht zur Begründung der Passivlegitimation dienen. Wenn bereits von Elternseite her ein Antrag auf Abänderung gestellt worden ist, bedarf es der Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde nicht mehr, da, wie oben¹³⁹ dargestellt worden ist,

135) Michel, S. 81 f.

136) S. 40.

137) S. 79.

138) So z. B., wenn die elterliche Gewalt bei Tod des Inhabers an die Vormundschaftsbehörde übergegangen ist und diese eine Änderung des Kinderzuteilungsdispositivs verlangt, oder wenn im Scheidungsprozess beiden Eltern die elterliche Gewalt entzogen worden ist und die Kinder unter Vormundschaft gestellt worden sind und diese eine Änderung des Scheidungsurteils wünscht.

139) S. 51 f.

der Richter ohne weiteres geeignet erscheint, in dem einmal eröffneten Abänderungsverfahren die Interessen des Kindes in gebührender Weise wahrzunehmen. Allerdings wird ihm dabei die Vormundschaftsbehörde grosse Dienste leisten können. Doch dazu ist ihre Mitwirkung als Prozesspartei nicht notwendig. Sie kann, ähnlich wie im Scheidungsprozess, gleichsam als Experte beigezogen werden.

4. Auch damit, dass bei Verneinung der Passivlegitimation der Vormundschaftsbehörde das Abänderungsverfahren unter Umständen¹⁴⁰ ein Einparteienverfahren wäre, kann die Stellung der Vormundschaftsbehörde als passivlegitimierte Partei nicht begründet werden¹⁴¹. Denn es ist nicht einzusehen, warum das Abänderungsverfahren nicht als Einparteienverfahren durchgeführt werden könnte. Bei der Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs handelt es sich in erster Linie um eine Massnahme zum Schutze des Kindes, ähnlich den vormundschaftlichen Massnahmen der Art. 293 ff ZGB. Diese gehen jedoch von einer Verwaltungsbehörde aus und werden in einem Einparteienverfahren durchgeführt¹⁴². Die Analogie der Gestaltung der Elternrechte aus Art. 156 ZGB mit den vormundschaftlichen Massnahmen der Art. 328 ff ZGB lässt den Schluss zu, dass auch das Abänderungsverfahren in einem Einparteienverfahren durchgeführt werden könnte. Ausserdem stehen sich bei der Abänderung des Ehescheidungsurteils in den Fällen, in welchen ein überlebender Ehegatte den Abänderungsantrag stellt, nicht zwei gleichberechtigte Parteien gegenüber. Auf der einen Seite steht der Staat mit seinen Interessen an des Kindes Wohl, auf der anderen Seite der überlebende Elternteil. Wie im Scheidungsprozess kommt auch beim Abänderungsverfahren wegen des überwiegenden Interesses des Staates in erster Linie *Offizialmaxime* zur Anwendung¹⁴³. Somit genügt der Antrag einer Partei, um den Richter zu veranlassen, die erforderlichen Fragen von Amtes wegen zu prüfen¹⁴⁴.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass auch die Tatsache, dass der Vormundschaftsbehörde im Abänderungsverfahren die Stellung einer aktivlegitimierten Partei eingeräumt worden ist, ihre Passivlegitimation nicht zu begründen vermag.

Zusammenfassung: Den obigen Ausführungen ist zu entnehmen, dass bei der Abänderung eines Scheidungsurteils hinsichtlich der Gestaltung der Elternrechte die Identität der Parteien nicht in allen Fällen gegeben ist,

140) So z. B., wenn bei Tod des Inhabers der elterlichen Gewalt diese an die Vormundschaftsbehörde übergegangen ist und der andere Elternteil nunmehr einen Antrag auf Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs stellt, oder wenn im Scheidungsprozess die elterliche Gewalt beiden Eltern entzogen und die Kinder unter Vormundschaft gestellt worden sind und nunmehr ein Elternteil die Abänderung des Scheidungsurteils verlangt.

141) ebenso ZBJV 61/Nr. 20, S. 277; anderer Meinung das Bundesgericht in 67 II 69.

142) vgl. Guldener, I/S. 24.

143) Michel, S. 37.

144) ebenso ZBJV 61/Nr. 20, S. 277, E. 3.

indem der Vormundschaftsbehörde schon von Gesetzes wegen die Stellung einer aktivlegitimierten Partei eingeräumt worden ist. Andererseits kann die Tatsache, dass die Vormundschaftsbehörde nicht passiv legitimiert ist, das Abänderungsverfahren zu einem Einparteienverfahren werden lassen.

c. Identität der Beweislastverteilung: Wie bereits in anderem Zusammenhang¹⁴⁵ dargetan worden ist, herrscht sowohl bei der Zusprechung der Unterhaltsrente¹⁴⁶ als auch bei der Gestaltung der Elternrechte¹⁴⁷ die *Offizialmaxime* vor¹⁴⁸.

In ähnlicher Weise verhält es sich bei der Abänderung des Scheidungsurteils hinsichtlich dieser beiden Nebenfolgen. Sowohl bei der Abänderung der Unterhaltsrente als auch bei der Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs werden die Interessen der Öffentlichkeit in gleicher Weise tangiert wie bei der Regelung dieser beiden Nebenfolgen im Scheidungsprozess. Daher muss die Anwendung der *Offizialmaxime* auch für das Abänderungsverfahren postuliert werden. In bezug auf die Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs wird die *Offizialmaxime* allgemein anerkannt¹⁴⁹. Dagegen herrscht über den bei der Abänderung der Unterhaltsrente anzuwendenden Prozessgrundsatz Stillschweigen. Entsprechend der vorherrschenden Meinung, wonach die *Offizialmaxime* schon bei der Regelung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen ausgeschlossen werden soll¹⁵⁰, kann aus dem Schweigen gefolgert werden, dass das gleiche in bezug auf die Abänderung dieser Nebenfolgen gelten soll. Dieser Auffassung ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Staat an der Abänderung dieser Rente ein ebenso grosses Interesse hat wie an der Zusprechung derselben. In beiden Fällen sind die gleichen Fragen zu beurteilen, wie hinten noch eingehender darzulegen sein wird¹⁵¹. Daher rechtfertigt sich bei der Abänderung der Unterhaltsrente die Anwendung der *Offizialmaxime* in gleicher Weise wie bei der Zusprechung dieser Rentenleistung an den bedürftigen Ehegatten im Scheidungsprozess.

Die Tatsache, dass bei der Regelung der abänderbaren Nebenfolgen im Scheidungsprozess und bei der Abänderung derselben vorab die *Offizialmaxime* zur Anwendung kommt, hat zur Folge, dass in beiden Fällen der Richter die Beweisführung übernimmt. Daraus liesse sich der Schluss ziehen, dass Identität in der Beweisverteilung vorliege.

Da jedoch das Abänderungsverfahren auf einer seit der Ausfällung des Scheidungsurteils eingetretenen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse beruht, also eine Neubeurteilung der inzwischen veränderten Verhältnisse darstellt, muss die Identität in der Beweislastverteilung verneint werden.

145) S. 40 ff. und S. 42 ff.

146) Art. 152 ZGB.

147) Art. 156 ZGB.

148) S. 40 ff. und S. 42 ff.

149) Gisi, S. 463; Egger zu Art. 157 ZGB, N. 10; Gmür zu Art. 157 ZGB, N. 5; speziell für das zürcherische Prozessrecht vgl. Sträuli zu zch. ZPO, § 258, Ziff. 2.

150) S. 42, N. 83.

151) S. 78 f.

Denn eine Neubeurteilung der Verhältnisse zieht notwendigerweise ein neues Beweisverfahren nach sich¹⁵². Demzufolge muss trotz der Anwendung der *Offizialmaxime* und der damit verbundenen Beweislast des Richters sowohl im Scheidungsprozess als auch im Abänderungsverfahren die Identität der Beweislastverteilung verneint werden.

d. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Abänderungsverfahren prozessual ein vom Scheidungsprozess unabhängiges Verfahren darstellt, indem

- a. der zur Beurteilung kommende Prozessgegenstand von demjenigen im Ehescheidungsprozess abweicht,
- b. gegenüber dem Ehescheidungsprozess Änderungen in den am Verfahren beteiligten Parteien auftreten können,
- c. das Abänderungsverfahren ein neues Beweisverfahren verlangt, da neue Tatsachen zu beurteilen sind.

Mit diesen Darlegungen ist der Nachweis erbracht, dass das Abänderungsverfahren in prozessualer Hinsicht etwas Neues, vom Scheidungsprozess Verschiedenes darstellt und dass infolgedessen entgegen der Auffassung des zürcherischen Obergerichts¹⁵³ nicht schlechthin der ehemalige Scheidungsrichter zur Beurteilung eines Abänderungsbegehrens zuständig ist¹⁵⁴.

Diese Tatsache allein, nämlich, dass das Abänderungsverfahren in prozessualer Hinsicht ein *Novum* darstellt, vermag jedoch den Bund von der Regelung des Gerichtsstandes für das Abänderungsverfahren noch nicht auszuschliessen. Wie bereits dargetan worden ist¹⁵⁵, lassen sich dem ZGB zwei mögliche Gerichtsstände entnehmen, nämlich das Forum des ehemaligen Scheidungsrichters und dasjenige des Richters am Wohnsitz des Klägers. Nachdem nun die Zuständigkeit des ehemaligen Scheidungsrichters ausgeschlossen worden ist, bleibt noch zu untersuchen, ob das Abänderungsbegehren beim Richter am Wohnsitz des Klägers anzubringen sei. Die Zuständigkeit dieses Richters hängt jedoch einzig und allein vom sachlichen Zusammenhang zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren ab, wie in anderem Zusammenhang¹⁵⁶ ausgeführt worden ist.

§ 6. Zusammenhänge zwischen Ehescheidung¹ und Abänderungsverfahren in sachlicher Hinsicht

Mit der gemachten Feststellung, wonach das Abänderungsverfahren in prozessualer Hinsicht ein *Novum* darstellt, ist noch nichts ausgesagt über den Zusammenhang zwischen Ehescheidung und Regelung der Nebenfolgen in sachlicher Hinsicht. Wie aber bereits weiter vorne dargestellt worden ist², hängt die Anwendung des Gerichtsstandes am Wohnsitz des Klägers

152) ebenso BGE 46 II 338.

154) ebenso BGE 46 II 337 f.

156) S. 25 f.

153) BIZR 12/Nr. 89.

155) S. 25 f.

auf das Abänderungsverfahren einzig und allein von diesem Zusammenhang ab: Nur wenn nachgewiesen werden kann, dass das Abänderungsverfahren sachlich gesehen so eng mit der Ehescheidung verbunden ist, dass es gleichsam eine Ehescheidung im erweiterten Sinne darstellt³, ist die Anwendung des Art. 144 ZGB auf das Abänderungsverfahren gerechtfertigt. Aus diesem Grunde sei die vorliegende Untersuchung dem sachlichen Zusammenhang zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren gewidmet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Tatsache, dass sich das Abänderungsverfahren auf die Nebenfolgen und nicht auf die Ehescheidung im engeren Sinne⁴ bezieht, zunächst wiederum eine Untersuchung des sachlichen Zusammenhanges von Ehescheidung im engeren Sinne und Regelung der Nebenfolgen notwendig macht. Erst wenn diese beiden Institute zu einer sachlichen Einheit — „der Ehescheidung im weiteren Sinne“ — zusammengefasst werden können, erscheint eine Darstellung des Zusammenhanges zwischen Ehescheidung im weiteren Sinne und Abänderungsverfahren sinnvoll.

I. Das Verhältnis zwischen Ehescheidung im engeren Sinne⁵ und Regelung der Nebenfolgen

1. Im Allgemeinen

Die Hauptwirkung der Ehescheidung ist die vollständige Auflösung der ehelichen Gemeinschaft für die Zukunft. Somit entfallen im Moment der Rechtskraft des Scheidungsurteils alle Wirkungen der Ehe. Mit der Ehescheidung gehen sowohl die Rechte als auch die Pflichten, welche die Ehegatten während der Ehe gegeneinander hatten, unter. Für geschiedene Eheleute besteht in persönlicher Hinsicht weder eine gegenseitige Beistandspflicht⁶, noch eine Treuepflicht⁷.

1) Es ist hier von der Ehescheidung im weiteren Sinne die Rede, d. h. vom eigentlichen Scheidungsprozess plus Regelung der Nebenfolgen. Im Gegensatz dazu steht die Ehescheidung im engeren Sinne, also lediglich die persönliche Auseinandersetzung zwischen den beiden Ehegatten, die zur Auflösung der Ehe führt, unter Ausschluss der Regelung der Nebenfolgen.

2) S. 25.

3) BGE 51 II 96: Das Bundesgericht spricht in diesem Entscheid von „Scheidung im weiteren Sinne“. Nachdem in dieser Arbeit unter Ehescheidung im weiteren Sinne etwas anderes, nämlich Scheidung plus Regelung der Nebenfolgen, verstanden wird, kann dieser gleiche Begriff nicht für die engen sachlichen Beziehungen zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren verwendet werden. Daher ist in dieser Arbeit der Ausdruck „Scheidung im erweiterten Sinne“ zu verwenden.

4) S. 29 f.

5) Der Kürze halber sei im folgenden lediglich von der Ehescheidung die Rede. Darunter ist jeweils die Ehescheidung im engeren Sinne zu verstehen.

6) Art. 159 Abs. 3 ZGB.

7) Art. 159 Abs. 3 ZGB.

In vermögensrechtlicher Hinsicht entfällt mit der Ehescheidung die gegenseitige Unterhaltspflicht⁸. Ausserdem bewirkt die Scheidung, unabhängig vom Güterstand, ein Auseinanderfallen des ehelichen Vermögens in das Eigengut des Mannes und das Eigengut der Frau⁹. Mit der Ehescheidung fällt auch das Erbrecht der Eheleute dahin: „Geschiedene Ehegatten haben zueinander kein gesetzliches Erbrecht und können . . . aus Verfügungen von Todes wegen, die sie vor der Scheidung errichtet haben, keine Ansprüche erheben“¹⁰. Zugleich fallen auch die ehevertraglichen Vereinbarungen, welche die Ehegatten vor der Scheidung getroffen haben¹¹, dahin.

Nach aussen wird der völlige Zerfall der ehelichen Gemeinschaft sichtbar gemacht durch die Namensänderung der geschiedenen Ehefrau. Sie nimmt den Namen wieder an, den sie vor Abschluss der Ehe getragen hat¹², resp. ihren angestammten Familiennamen, wenn sie vor Eingehung der Ehe Witwe war¹³.

Allen diesen Folgen der Ehescheidung ist gemeinsam, dass sie das Zerreißen der ehelichen Bande verdeutlichen und gleichsam eine Annullierung der bestandenen Ehegemeinschaft darstellen. Sie alle negieren geradezu die Tatsache, dass zwischen den Ehegatten einmal eine Gemeinschaft bestanden hat und versuchen den Zustand, wie er vor Abschluss der Ehe bestanden hat, nach Möglichkeit wieder herzustellen. Dieser Gruppe von Nebenfolgen ist anderseits jene gegenüberzustellen, welche die bestandene Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht unberücksichtigt lässt, sondern eine weitgehende Milderung der infolge des abrupten Auseinanderbrechens der ehelichen Gemeinschaft entstandenen Härten darstellt.

So hat sich der Gesetzgeber in vermögensrechtlicher Hinsicht nicht nur mit der Statuierung des Auseinanderfallens des ehelichen Vermögens begnügt, sondern hat darüber hinaus die Tatsache berücksichtigt, dass sich das Vermögen der Ehegatten während der Jahre des Zusammenlebens und der Zusammenarbeit vermindert, resp. vermehrt haben kann. Aus diesem Grunde hat er die Verteilung des Vorschlages¹⁴, resp. die Tragung des Rückschlages¹⁵ normiert.

8) Art. 160 Abs. 3 ZGB: Unterhaltspflicht des Ehemannes und Art. 161 Abs. 2 ZGB: Subsidiäre Unterhaltspflicht der Ehefrau. Obwohl das Gesetz nicht ausdrücklich von der Unterhaltspflicht der Ehefrau spricht, ergibt sich deren subsidiäre Unterhaltspflicht doch aus dem Gemeinschaftsgedanken und der damit notwendigerweise verbundenen Beistandspflicht; vgl. beispielsweise Egger zu Art. 161 ZGB, N. 151; Gmür zu Art. 161 ZGB, N. 12; Hübscher, S. 58.

9) Art. 154 Abs. 1 ZGB.

10) Art. 154 Abs. 3 ZGB.

11) Art. 154 Abs. 3 ZGB.

12) Art. 149 Abs. 1 ZGB.

13) Art. 149 Abs. 2 ZGB.

14) Art. 154 Abs. 2 ZGB: Der Vorschlag wird nach dem Güterstand, unter dem die Ehegatten gelebt haben, verteilt.

15) Art. 154 Abs. 2 ZGB: Sofern der Ehemann nicht nachweisen kann, dass die Ehefrau den Rückschlag verursacht hat, ist er von ihm selbst zu tragen.

Darüber hinaus erblickte der Gesetzgeber im Wegfall der gegenseitigen Unterhaltsansprüche, in der Hinfälligkeit der Ansprüche aus Erbrecht und Ehevertrag, sowie in der Art und Weise der güterrechtlichen Auseinandersetzung namentlich für den schuldlosen Ehegatten, eine grosse Unbilligkeit und räumte ihm positiv einen Entschädigungs-¹⁶ und Unterhaltsanspruch¹⁷ ein. Während die Entschädigungsleistung — wie übrigens schon der Begriff aussagt — eine Schadenersatzleistung für die infolge der Scheidung beeinträchtigten ehelichen Vermögensrechte oder Anwartschaften darstellt¹⁸, ist die Unterhaltsleistung eine familienrechtliche Billigkeitsleistung an den schuldlosen, infolge der Ehescheidung in Bedürftigkeit geratenen Ehegatten^{19, 20}.

In persönlicher Hinsicht verliert die Ehefrau bei der Scheidung zwar den Namen, den sie während der Ehe getragen hat; aber sie behält ihren Personenstand²¹ und das durch die Heirat erworbenen Bürgerrecht²². Ausserdem berührt die Scheidung das durch die Eheschliessung begründete Schwägerschaftsverhältnis zu den Blutsverwandten des anderen Ehegatten in keiner Weise²³. Weiter hat der Gesetzgeber, dem Umstande Rechnung tragend, dass die Ehescheidung einen schweren Eingriff in die Persönlichkeit eines Ehegatten bedeuten kann, dem schuldlosen Ehegatten einen Genugtuungsanspruch gegenüber dem Schuldigen eingeräumt²⁴.

Die Tatsache, dass die Scheidung die eheliche Gemeinschaft sowohl de iure als auch de facto auflöst, erfordert ausserdem eine Neuregelung der elterlichen Gewalt. Der Umstand, dass nach Ausfällung des Scheidungsurteils beide Ehegatten räumlich getrennt voneinander leben, verunmöglicht eine gemeinsame Erziehung des Kindes. Ausserdem würde das durch die eheliche Zerrüttung ohnehin stark in Mitleidenschaft gezogene Kind durch das Hin- und Hergerissenwerden zwischen den geschiedenen Ehegatten noch mehr Schaden nehmen. Aus diesem Grunde soll bei der Scheidung das Kind unter die Gewalt eines Ehegatten oder nötigenfalls der Vormundschaftsbehörde gestellt werden²⁵.

Trotz der durch die Ehescheidung bedingten Gestaltung der Elternrechte wird das natürliche Band zwischen Eltern und Kindern nicht zerschnitten. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber, über die Gestaltung

16) Art. 151 Abs. 1 ZGB.

17) Art. 152 ZGB.

18) Art. 151 Abs. 1 ZGB: Brandenberger, S. 41; Grendelmeyer, S. 37; Esener, S. 28; Egger zu Art. 151 ZGB, N. 3; Gmür zu Art. 151 ZGB, N. 4; Pr. 2/Nr. 102, S. 193 ff; BGE 60 II 391 ff; 68 II 4 ff; 71 II 7 ff.

19) Esener, S. 85 ff, insbesondere S. 86 und die dort zitierte Literatur.

20) Näheres über das Wesen dieser beiden Leistungen vgl. S. 59 ff.

21) Art. 149 Abs. 1 ZGB.

22) Egger zu Art. 149 ZZGB, N. 6; Gmür zu Art. 149 ZGB, N. 9; Erläuterungen, 2. Aufl., S. 147.

23) Art. 21 Abs. 2 ZGB.

24) Art. 151 Abs. 2 ZGB.

25) Art. 156 Abs. 1 ZGB.

der Elternrechte im eigentlichen Sinne hinaus, dem Ehegatten, dem das Kind entzogen worden ist, einerseits die Pflicht zur Beitragsleistung an die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung auferlegt²⁶ und ihm andererseits das Recht auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem Kinde eingeräumt²⁷.

2. Das Verhältnis zwischen Ehescheidung und den abänderbaren Nebenfolgen im besonderen²⁸.

Abänderbar durch den Richter sind von Gesetzes wegen die im Scheidungsurteil getroffene Gestaltung der Elternrechte einerseits²⁹ und die wegen Bedürftigkeit ausgesetzte Rente andererseits³⁰. Bezüglich der Abänderung der Gestaltung der Elternrechte bestehen in Literatur und Praxis keinerlei Unklarheiten. Es ist unbestritten, dass sich die Abänderung auf alle Verhältnisse der Elternrechte bezieht, die der Richter im Scheidungsurteil geregelt hat³¹. Die Änderung erstreckt sich also sowohl auf die Gestaltung der Elternrechte im engeren Sinne³², als auch auf die Beitragsleistung³³ und den persönlichen Verkehr³⁴.

Dagegen bestehen Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung des Begriffes „Bedürftigkeitsrente“ des Art. 153 ZGB, indem unklar ist, ob ausschliesslich die Unterhaltsrente des Art. 152 ZGB reduziert werden kann³⁵ oder ob auch die Entschädigungsrente des Art. 151 Abs. 1 ZGB abänderbar ist, soweit sie eine Entschädigung für verlorenen Unterhalt darstellt.

a. Die Abänderbarkeit der Bedürftigkeitsrente: Der Begriff „Bedürftigkeitsrente“ erfuhr namentlich durch die Praxis des Bundesgerichts eine wesentliche Veränderung. Ein Jahr nach Inkrafttreten des ZGB erklärte das Bundesgericht³⁶, dass im Gegensatz zu der Entschädigungsrente des Art. 151 Abs. 1 ZGB die wegen Bedürftigkeit ausgesetzte Rente des Art. 152

26) Art. 156 Abs. 2 ZGB.

27) Art. 156 Abs. 3 ZGB.

28) Diese Untersuchung ist auf die auf Verlangen einer Partei durch richterliche Entscheidung herbeigeführte Abänderung eines Scheidungsurteils zu beschränken. Im Gegensatz dazu steht die Änderung, wie sie Art. 153 Abs. 1 ZGB vorsieht, die schon allein durch die veränderten Verhältnisse hervorgerufen wird.

29) Art. 157 ZGB.

30) Art. 153 Abs. 2 ZGB.

31) Egger zu Art. 157 ZGB, N. 9; Gmür zu Art. 157 ZGB, N. 7; Michel, S. 36 f; Landolt, S. 85.

32) Art. 156 Abs. 1 ZGB.

33) Art. 156 Abs. 2 ZGB.

34) Art. 156 Abs. 3 ZGB.

35) So Pr 2/Nr. 102, S. 193 ff; Wäsch, S. 74; Egger zu Art. 153 ZGB, N. 6; Gmür zu Art. 153 ZGB, N. 10; SJZ 11/295, Nr. 14; 13/128, Nr. 98; 26/152, Nr. 100; ZBJV 52/437; Brandenberger, S. 65; Picot, S. 71a; BIZR 15/Nr. 154, S. 262; 41/Nr. 98, S. 236 und die dort zitierten Entscheide; BGE 60 II 394.

36) Pr 2/Nr. 102, S. 195.

ZGB abgeändert werden könne. Jene hingegen könne auch nicht ermässigt werden, wenn sich die Einkommensverhältnisse nachträglich zuungunsten des Pflichtigen ändern würden. Diesen Grundsatz der Unmöglichkeit einer Herabsetzung der Entschädigungsrente des Art. 151 Abs. 1 ZGB schränkte das Bundesgericht 20 Jahre später aus Billigkeitsrücksichten ein, dahingehend, dass „der Richter, wenn er eine Entschädigung für entgangenen Unterhalt im Sinne von Art. 151 Abs. 1 ZGB in Rentenform zuerkennt, in seinem Urteil einen Berichtigungsvorbehalt machen und dem Leistungspflichtigen die Möglichkeit vorbehalten“ soll „eine Abänderung des Urteils zu beantragen, wenn ihm die fernere Leistung zufolge gänzlich veränderter Verhältnisse eine Beschränkung seines eigenen und seiner Angehörigen Lebensunterhalts nicht mehr möglich sein sollte“³⁷. In einem neueren Entscheid³⁸ ging das Bundesgericht noch einen Schritt weiter, indem es erklärte, die Herabsetzbarkeit der Entschädigungsrente sei auch bei Fehlen eines solchen Vorbehaltes³⁹ anzuerkennen. „Voraussetzung dafür ist nur, dass sich die Rechtsnatur der Rente als Ersatz für den ehelichen Unterhalt feststellen lässt. Wird sie (ganz oder in einem bestimmten Teilbetrag) ausdrücklich in der Konvention oder im Scheidungsurteil so bezeichnet, so ist damit die Herabsetzbarkeit bei wesentlicher Verschlechterung der Lage des Pflichtigen ohne weiteres gegeben“. In logischer Konsequenz folgerte daraufhin das zürcherische Obergericht zwei Jahre später⁴⁰, dass nicht nur die Besserung der Verhältnisse des berechtigten Ehegatten, sondern auch die Verschlechterung der finanziellen Lage des pflichtigen Ehegatten Grund zur Herabsetzung einer für verlorenen Unterhalt zugesprochenen Entschädigungsrente sei.

Damit hat vor allem die Praxis⁴¹ in Verkennung der wahren Rechtsnatur der Entschädigungsrente, diese, soweit sie eine Entschädigung für verlorenen Unterhalt darstellt, der Unterhaltsrente des Art. 152 ZGB angeglichen. Wie das Bundesgericht aber selbst immer wieder ausgeführt hat, und wie auch in der Literatur nie bestritten worden ist, ist der „Unterhaltsanspruch aus Ehe recht (für die Ehefrau speziell gemäss Art. 160 Abs. 2 ZGB) unter die Vermögensrechte des Art. 151 Abs. 1 ZGB zu subsumieren und“ der „Verlust desselben durch die Scheidung der Ehe als Beeinträchtigung dieser Vermögensrechte zu betrachten“⁴². Damit hat das Bundesgericht selbst dargelegt, dass unter den Begriff „Vermögensrechte“ des Art. 151 Abs. 1 ZGB auch die durch die Ehescheidung weggefallenen ehelichen Unterhaltsansprüche fallen und dass somit die Entschädigungsrente

37) BGE 60 II 395.

38) BGE 71 II 13.

39) wie in BGE 60 II 392 empfohlen.

40) BIZR 46/Nr. 70, S. 115.

41) ebenso Esener, S. 126.

42) BGE 60 II 392; ebenso 71 II 11; Pr 2/Nr. 102, S. 193; BIZR 46/Nr. 70, S. 115; ZBJV 49/645; Esener, S. 49; Grendelmeyer, S. 40 ff; Brandenberger, S. 45; Schwander, S. 42; Wäsch, S. 28; Egger zu Art. 151 ZGB, N. 7; Gmür zu Art. 151 ZGB, N. 11.

auch eine Entschädigung für verlorenen Unterhalt darstellt. Ihrem Wesen nach ist die Entschädigungsrente aber eine auf Verschulden beruhende familienrechtliche Schadenersatzleistung, also ein familienrechtlicher Schadenersatzanspruch deliktischer Natur⁴³. Sie bezweckt eine angemessene Wiedergutmachung der durch die Ehescheidung bedingten Beeinträchtigung der „Vermögensrechte oder Anwartschaften“⁴⁴ des schuldlosen Ehegatten durch den an der Scheidung Schuldigen⁴⁵. Aus der Rechtsnatur dieser Entschädigungsleistung als einer angemessenen Wiedergutmachung eines Vermögensschadens folgt, dass sie, sofern sie in Rentenform geschuldet wird, unabänderlich ist, was übrigens weder vom Bundesgericht noch in der Literatur jemals bestritten worden ist⁴⁶.

Die Unabänderbarkeit der Entschädigungsrente geht im übrigen auch aus dem klaren Wortlaut des Art. 153 Abs. 2 ZGB hervor. Danach kann nur „eine wegen Bedürftigkeit ausgesetzte Rente“ abgeändert werden. Darunter ist einzig und allein die Unterhaltsrente⁴⁷ aus Art. 152 ZGB zu

43) Brandenberger, S. 41; Grendelmeyer, S. 37; Wäsch, S. 25; Esener, S. 28; Egger zu Art. 151 ZGB, N. 3; Gmür zu Art. 151 ZGB, N. 4; Pr 2/Nr. 102, S. 193 ff; BGE 60 II 391 ff; 68 II 4 ff; 71 II 7 ff. Demgegenüber sieht Schwander — S. 10 — in der Entschädigungsleistung eine Ersatzpflicht wegen Vertragsverletzung. Er kommt zu diesem Schluss durch Vergleich mit den Entschädigungsleistungen des OR: Art. 41 OR — Entschädigung wegen unerlaubter Handlung — richtet sich „gegen die Verletzung eines absoluten, d. h. jedermann gegenüber geschützten Rechtes“, Art. 97 OR — Entschädigung infolge Vertragsverletzung — „und analog Art. 151 ZGB“ setzten „aber eine neben oder über der allgemeinen Menschenpflicht bestehende Bindung voraus“. . . . „Der Ehegatte sei aber infolge des Ehevertrages in ganz anderer Art und in einem weit höheren Masse angehalten, die Ehe nicht zu stören, als ein Dritter es sei, der mit dem Verletzten in keinem Verhältnis stehe.“ Dabei übersieht Schwander offenbar, dass die Ehe, obwohl durch Vertrag begründet, darüber hinaus einen sittlich-moralischen und rechtlichen Inhalt hat, an deren Bestand der Staat in gleicher Weise interessiert ist wie das Individuum. Aus diesem Grunde verletzen alle einen Scheidungsgrund darstellenden Handlungen nicht ausschliesslich die durch den Ehevertrag begründeten Pflichten, sondern darüber hinaus auch die im Gesetz normierten sittlichen Wirkungen der Ehe und stellen damit in erster Linie widerrechtliche Handlungen und nicht Vertragsverletzungen dar.

44) Art. 151 Abs. 1 ZGB: Der Wortlaut des deutschen Textes ist unklar, indem unter Anwartschaften ebenfalls Vermögensrechte zu verstehen sind — Schwander, S. 51 —, die aber im Gegensatz zu den „Vermögensrechten“ im Sinne des Art. 151 Abs. 1 ZGB sich erst in Zukunft realisieren; vgl. Brandenberger, S. 42; Schwander, S. 50 ff; Esener, S. 54 f; BGE 38 II 54; ebenso der französische Wortlaut dieses Artikels, der „Vermögensrechte oder Anwartschaften“ mit „*intérêts pécuniaires, même éventuels*“ wiedergibt.

45) Schuldhafte Handlung ist jede Betätigung ehewidriger Gesinnung, selbst wenn die Ehe schon unheilbar zerrüttet war, d. h., es spielt keine Rolle, ob diese Handlung die Zerrüttung der Ehe herbeizuführen vermochte — BGE 55 II 17 —.

46) Pr 2/Nr. 102, S. 195; BGE 60 II 394; 71 II 10; ebenso ZBJV 52/437; SJZ 26/153; Brandenberger, S. 65; Schwander, S. 94; Grendelmeyer, S. 9; Esener, S. 124; Wäsch, S. 49 f; Egger zu Art. 153 ZGB, N. 6; Gmür zu Art. 153 ZGB, N. 10.

47) Dar Marginale „Unterhalt“ zu Art. 152 ZGB ist allerdings unklar, indem man daraus schliessen könnte, dass die Ansprüche aus dem Wegfall des Unterhaltes in Art. 152 ZGB abschliessend geordnet seien. Wie aber schon vorne — S. 60 —

verstehen, deren charakteristische Voraussetzung nicht das Verschulden ist, wie bei der Entschädigungsrente des Art. 151 Abs. 1 ZGB, sondern die durch die Scheidung bedingte grosse Bedürftigkeit⁴⁸ des schuldlosen Ehegatten^{49, 50}. Demzufolge kann die Unterhaltsrente des Art. 152 ZGB auch einem schuldlosen Ehegatten auferlegt werden⁵¹, unter dem Vorbehalt, dass es seine eigenen Vermögensverhältnisse erlauben⁵². Ihrer Rechtsnatur nach ist diese Rente somit eine auf dem Billigkeitsprinzip beruhende familienrechtliche Unterhaltsleistung, die mit der Ehescheidung neu entsteht⁵³. Nur diesem, der Bedürftigkeitsrente anhaftenden Billigkeitsprinzip entspricht die Abänderungsmöglichkeit, nicht aber dem der Entschädigungsrente anhaftenden Verschuldensprinzip, das im Gegenteil auf die Unabänderbarkeit hindeutet.

Wenn das Bundesgericht trotzdem die teilweise Abänderbarkeit der Entschädigungsrente statuiert hat, so offenbar nur aus Billigkeitsrücksichten. In diesem Sinne führte es 1954⁵⁴ beispielsweise aus, „dass diese Ordnung⁵⁵ gerade bei Renten, die als Ersatz für den eherechtlichen Unterhalt zuerkannt worden sind, zu stossenden Härten führen“ könne. „So etwa, wenn bei einer Scheidung junger Ehegatten der schuldige Teil zu einer solchen Rente verurteilt worden ist und er nun in der Folge, vielleicht schon nach kurzer Zeit, durch Unfall erwerbsunfähig wird oder seine Einkommensquelle auf andere Weise einbüsst, während der andere Ehegatte, dem die Forderung zugesprochen worden ist, in guten Verhältnissen lebt. Unter solchen Um-

dargetan worden ist, hat das Bundesgericht immer wieder erkannt, dass der schuldlose Ehegatte auch für den Wegfall des ehelichen Unterhaltes Entschädigung nach Art. 151 Abs. 1 ZGB verlangen könne. Hingegen gewähre Art. 152 ZGB lediglich einen Anspruch zur Deckung des Notbedarfes bei grosser Bedürftigkeit. Es wäre infolgedessen eindeutiger und klarer, wenn das Marginale zu Art. 152 ZGB nicht „Unterhalt“, sondern „Bedürftigkeitsansprüche“ oder dergleichen lauten würde; vgl. ebenso Wäsch, S. 70.

48) Bedürftig ist ein Ehegatte, dessen eigene Mittel — Vermögen oder Einkommen — zur Deckung seines Lebensunterhaltes nicht mehr ausreichen; Näheres darüber vgl. bei Egger zu Art. 328 ZGB, N. 28; Grendelmeyer, S. 63; Hübscher, S. 70 ff; Brandenberger, S. 55; Esener, S. 88; Gmür zu Art. 152 ZGB, N. 3; SJZ 23/202; Egger zu Art. 152 ZGB, N. 2.

49) Über den Verschuldensbegriff vgl. S. 61, N. 45.

50) Brandenberger, S. 54; Grendelmeyer, S. 61; Egger zu Art. 152 ZGB, N. 1; Gmür zu Art. 152 ZGB, N. 3; Wäsch, S. 30; Pr 2/Nr. 102, S. 195.

51) Art. 152 ZGB: „... so kann der andere Ehegatte, auch wenn er an der Scheidung nicht schuld ist, zu einem ... Beitrag verpflichtet werden“.

52) Art. 152 ZGB: „zu einem seinen Vermögensverhältnissen entsprechenden Beitrag ...“.

Der Richter hat nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob die Vermögensverhältnisse des pflichtigen Ehegatten eine Auferlegung einer Unterhaltspflicht erlauben. Nähere Ausführungen vgl. bei Esener, S. 91 ff und der dort zitierten Literatur.

53) S. 58.

54) BGE 60 II 395.

55) Abänderbarkeit der Bedürftigkeitsrente, Unabänderbarkeit der Entschädigungsrente.

ständen wäre bei Fortdauer der Ehe umgekehrt dieser Ehegatte pflichtig, den andern zu unterhalten. Soll es ihm da (zeitlebens) gestattet sein, die Rente, die jener kaum aufbringt, einzufordern, selbst wenn er darauf nicht angewiesen ist, und bei Uneinbringlichkeit den andern mit Betreibung zu bedrohen?“

Dass sich das Bundesgericht dabei bewusst war, dass es sich einer Umgehung klarer Gesetzesnormen schuldig macht, zeigt seine Praxis der letzten 20 Jahre zu dieser Frage. Auf alle Arten hat es versucht, die Abänderung der Entschädigungsrente, soweit sie eine Entschädigung für verlorenen Unterhalt darstellt, zu begründen. Aber keine seiner Begründungen vermag einer näheren Prüfung standzuhalten; alle seine Wege müssen als Irr- und Umwege betrachtet werden.

1934⁵⁶ erblickte das Bundesgericht eine Härte darin, dass bei Scheidung junger Eheleute der schuldige Teil, der zu einer Entschädigungsrente verurteilt worden ist, vielleicht schon kurze Zeit nach der Scheidung seine Einkommensquelle einbüßen könnte, während der andere, eine Entschädigungsrente erhaltende Ehegatte, in guten Verhältnissen leben würde. Bei einer Fortdauer der Ehe wäre in einem solchen Fall dieser, der berechnete Ehegatte, pflichtig, den nunmehr pflichtigen Ehegatten zu erhalten.

In diesem Entscheid hat das Bundesgericht offenbar übersehen, dass die Entschädigungsrente aus Art. 151 Abs. 1 ZGB eine Schadenersatzleistung, also einen Ausgleich für einen Schaden, darstellt. Wie schon aus dem Wortlaut des Art. 151 Abs. 1 ZGB hervorgeht, deckt die Entschädigungsrente den durch die Ehescheidung hervorgerufenen Schaden aber nicht in seinem vollen Umfange: Sie stellt vielmehr lediglich einen billigen Ersatz des Schadens dar⁵⁷. Bei der Festsetzung dieser Leistung hat der Richter zunächst den durch die Scheidung entstandenen Schaden zu bemessen. Danach hat er die Höhe der Leistung zu bestimmen. Dabei sind in erster Linie die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Parteien zu berücksichtigen. In persönlicher Hinsicht wird er z. B. das Geschlecht⁵⁸, das Alter⁵⁹, die Dauer der Ehe⁶⁰ und das Verschulden⁶¹ in Betracht ziehen⁶², in ver-

56) BGE 60 II 395.

57) Art. 151 Abs. 1 ZGB: „... so hat ihm der schuldige Ehegatte eine angemessene Entschädigung zu entrichten“.

58) Die Ehefrau, die während der Dauer der Ehe ihrem Haushalt vorgestanden und den Unterhalt vom Ehemann erhalten hat, wird durch die Ehescheidung härter betroffen als der Ehemann, der während der ganzen Zeit dem Verdienst nachgegangen ist und auch weiterhin nachgehen wird.

59) Das Alter spielt für den geschiedenen Ehemann eine kleinere Rolle als für die geschiedene Ehefrau. Einer älteren Frau wird man nach der Scheidung weniger zumuten können, wieder dem Verdienst nachzugehen, als einer noch jüngeren geschiedenen Frau.

60) Je länger die Ehe gedauert hat, desto schwieriger wird namentlich der Ehefrau eine Akklimatisierung an die neuen Verhältnisse sein, und desto härter wird sie somit durch den Verlust des ehelichen Unterhaltes betroffen werden.

61) So kann ein starkes Verschulden auf seiten des pflichtigen Ehegatten eine wesentliche Verringerung der Leistung erschweren, während ein Mitverschulden

mögensrechtlicher Hinsicht wird der Richter die gegenwärtige und zukünftige Vermögenslage, namentlich aber die Möglichkeit einer Verminderung der Einkommensverhältnisse des pflichtigen Ehegatten, in Rechnung stellen müssen⁶³.

Wenn schon bei der Zusprechung der Entschädigungsrente im Scheidungsprozess die zukünftigen Vermögensverhältnisse des pflichtigen Ehegatten, namentlich aber eine eventuelle Verschlechterung seiner Einnahmen berücksichtigt werden, so vermag, entgegen der Auffassung des Bundesgerichtes⁶⁴, die Tatsache, dass der pflichtige Ehegatte seine Einkommensquelle in weitgehendem Masse einbüsst, die Entschädigungsrente nicht herabzusetzen.

Acht Jahre später⁶⁵ erklärte das Bundesgericht, dass eine „Kombination nebeneinander bestehender Renten aus den verschiedenen Rechtsgründen des Art. 151 und des Art. 152“ 29 B auf Bedenken logischer und namentlich praktischer Art⁶⁶ stosse. Solange ein Ehegatte aus Art. 151 Abs. 1 ZGB eine Entschädigung in Rentenform erhalte, sei er nicht von grosser Bedürftigkeit im Sinne des Art. 152 ZGB bedroht. Andererseits solle Art. 152 ZGB bei grosser Bedürftigkeit des schuldlos Geschiedenen die Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages ermöglichen, auch wenn die übrigen Voraussetzungen für die Zusprechung einer Rente aus Art. 151 ZGB — namentlich ein Verschulden des anderen Ehegatten — fehlen. „Steht aber dem berechtigten Ehegatten grundsätzlich ein Entschädigungsanspruch aus Art. 151 zu und wäre er in der Form einer Rente zuzusprechen, die jedoch zu klein wäre, um die Bedürftigkeit des Berechtigten zu beheben, so ist ausschliesslich eine Bedürftigkeitsrente aus Art. 152 zuzusprechen, die aber mit Rücksicht auf den konkurrierenden Rechtstitel des Art. 151 angemessen höher angesetzt werden kann“⁶⁷. In diesem Entscheid versucht das Bundesgericht die Abänderung der Entschädigungsrente auf dem Wege über die Bedürftigkeitsrente aus Art. 152 ZGB zu erreichen. Aber auch diese Konstruktion muss als gesucht zurückgewiesen werden.

Schon aus der verschiedenen Rechtsnatur der beiden Renten ergibt sich, dass beide sehr wohl nebeneinander bestehen können. Wie schon vorn⁶⁸ dargetan worden ist, stellt die Entschädigungsrente aus Art. 151 Abs. 1 ZGB

auf seiten des Berechtigten den Richter eher zu einer Verkleinerung der zuzusprechenden Rente veranlassen wird.

62) ebenso Egger zu Art. 151 ZGB, N. 8; Gmür zu Art. 151 ZGB, N. 12; Esener, S. 140 f; Brandenberger, S. 46 f; Wäsch, S. 27; Schwander, S. 87 f.

63) Pr 2/Nr. 102, S. 195; Egger zu Art. 151 ZGB, N. 8; Gmür zu Art. 151 ZGB, N. 12; Brandenberger, S. 46 f; Wäsch, S. 27; Schwander, S. 87 f; Esener, S. 138 f.

64) BGE 60 II 395.

65) BGE 68 II 6 ff.

66) S. 89.

67) BGE 68 II 7.

68) S. 60 f.

eine angemessene Schadenersatzleistung dar und deckt den durch die Scheidung entstandenen Schaden unabhängig von der Bedürftigkeit des berechtigten Ehegatten. Art. 152 ZGB anderseits ist als ergänzende Spezialbestimmung aufzufassen⁶⁹: Die Bedürftigkeitsrente bezweckt die Deckung des durch die Ehescheidung entstandenen Notbedarfes. Nun kann aber der Fall eintreten, dass die Entschädigungsrente, weil sie die Bedürftigkeit des berechtigten Ehegatten unberücksichtigt lässt, dessen Notlage nicht ganz zu decken vermag. Damit sind die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Bedürftigkeitsrente neben der Entschädigungsrente gegeben. In diesem Falle aber, d. h. bei der Zusprechung einer sog. gemischten Rente⁷⁰, ist dem Richter zu empfehlen, den rechtlichen Charakter der Rente zu umschreiben und die Höhe der Ansprüche aus Art. 151 Abs. 1 und Art. 152 ZGB anzugeben. Dadurch können im Hinblick auf eine eventuell später erfolgende Abänderung Schwierigkeiten vermieden werden⁷¹.

1945⁷² endlich erklärte das Bundesgericht, bei Verschlechterung der Lage des pflichtigen Ehegatten könne die Entschädigungsrente aus Art. 151 Abs. 1 auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt im Scheidungsurteil abgeändert werden, soweit sie einen Ersatz für den ehelichen Unterhalt darstelle. Diese Auffassung begründete es mit der Unvollständigkeit der gesetzlichen Ordnung. „Von Unterhaltsansprüchen ist nur in Art. 152, nicht in Art. 151 die Rede. Es ist aber längst anerkannt, dass unter Umständen Unterhaltsleistungen über den von Art. 152 vorgezeichneten Rahmen hinaus gerechtfertigt sind. ... Der Richter kann einen schuldigen Ehegatten über Art. 152 hinaus, ja auch wenn von vorneherein keine grosse Bedürftigkeit des andern besteht, in Anwendung von Art. 151 zu Unterhaltsleistungen verpflichten. Man spricht solchenfalls von einer ‚Entschädigung‘ für den ehelichen ‚Unterhalt‘. In der Tat lässt sich der eheliche Unterhalt zu den durch die Scheidung beeinträchtigten Vermögensrechten zählen. ... Es erhebt sich die Frage, ob und wie weit die auf Art. 151 gestützten Unterhaltsansprüche um ihres Inhaltes und Zweckes willen, Ersatz für den ehelichen Unterhalt zu bieten, entsprechend der eigentlichen Bedürftigkeitsrente des Art. 152 zu behandeln seien. Es drängt sich auf, solche Unterhaltsansprüche grundsätzlich gleichfalls der gerichtlichen Herabsetzung bei veränderten Verhältnissen zu unterstellen. Die Unterhaltspflicht ist ihrer Natur nach veränderlich. Sie hat sich nach den jeweiligen Verhältnissen zu richten“⁷³.

Auch diese Argumentation des Bundesgerichtes vermag einer näheren Prüfung nicht standzuhalten.

Davon, dass die gesetzliche Regelung zu eng sei, kann keine Rede sein. Bereits weiter vorne wurde dargestellt⁷⁴, dass Art. 151 Abs. 1 ZGB tat-

69) Sten. Bull. 15/633, Votum Huber.

70) Entschädigungsrente plus Bedürftigkeitsrente.

71) ebenso Wäsch, S. 79.

72) BGE 71 II 11 ff.

73) BGE 71 II 11 ff.

74) S. 60 f.

sächlich keinen direkten Hinweis auf den Unterhaltsbeitrag enthält, dass aber sowohl der Gesetzgeber⁷⁵ als auch die Literatur und die Praxis⁷⁶ den durch die Ehescheidung bedingten Verlust des ehelichen Unterhaltes unter den Begriff der Vermögensrechte und Anwartschaften des Art. 151 Abs. 1 ZGB subsumiert haben. Im übrigen vermag auch die Annahme des Bundesgerichtes, dass die Veränderlichkeit der ehelichen Unterhaltspflicht eine Herabsetzung der Entschädigungsrente rechtfertigte, soweit diese eine Entschädigung für verlorenen Unterhalt sei, nicht zu überzeugen. Wie ebenfalls bereits dargetan worden ist⁷⁷, wird schon bei der Festsetzung der Höhe der Entschädigungsleistung die Möglichkeit einer Verminderung des pflichtigen Ehegatten berücksichtigt.

Somit kann zusammenfassend gesagt werden, dass entgegen der Auffassung des Bundesgerichtes⁷⁸, die Entschädigungsrente aus Art. 151 Abs. 1 ZGB nicht abgeändert werden kann, auch nicht, soweit sie eine Entschädigung für verlorenen Unterhalt darstellt. Abänderbar ist einzig und allein die Bedürftigkeitsrente aus Art. 152 ZGB⁷⁹.

Entgegen der Meinung Wäschs kann darin, dass eine Entschädigungsrente nach Art. 153 Abs. 2 ZGB nicht herabsetzbar ist, auch keine stossende Härte erblickt werden, und daher die Herabsetzung aus Art. 2 ZGB konstruiert werden, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Schuldners so verschlechtert haben, dass ihm die fernere Leistung einfach nicht mehr zugemutet werden kann und gegen Treu und Glauben verstossen würde⁸⁰. Mit seinen Ausführungen begründet Wäsch nichts anderes als die Anwendung der cl. r. s. st. auf die Rechtskraft des Scheidungsurteils, soweit dem schuldlosen Ehegatten eine Entschädigung für den Verlust des ehelichen Unterhaltes zugesprochen wird. Damit stellt er sich in Widerspruch zu seinen eigenen Darlegungen⁸¹, mit welchen er die Anwendung der cl. r. s. st. auf die Rechtskraft eines Urteils ablehnt, indem er ausführt: „Man ist nun aber trotzdem versucht, die Anwendung von Ehescheidungsurteilen dem Billigkeitsprinzip der Clausula rebus sic stantibus zu unterstellen. Jedoch meines Erachtens zu Unrecht: Die Clausula rebus sic stantibus bezieht sich lediglich auf das Vertragsleben und kann mit der Abänderung von Urteilen nicht unter eine Decke gebracht werden“. In der Tat muss — wie bereits vorn⁸² festgestellt worden ist — die Anwendung der cl. r. s. st. auf Urteile im allgemeinen und auf Scheidungsurteile im besonderen schon aus

75) Erläuterungen, S. 148.

76) BGE 60 II 392; 71 II 11; Pr 2/Nr. 102, S. 193; BIZR 46/Nr. 70, S. 115; ZBJV 49/645; Esener, S. 49; Brandenberger, S. 45; Schwander, S. 42; Wäsch, S. 28; Egger zu Art. 151 ZGB, N. 7; Gmür zu Art. 151 ZGB, N. 11.

77) S. 59 f.

78) und entgegen der Auffassung Eseners, S. 125 f, der sich der bundesgerichtlichen Stellungnahme angeschlossen hat.

79) ebenso Wäsch, S. 72 f.

80) Wäsch, S. 76.

81) Wäsch, S. 42 f.

82) S. 45 f.

Gründen der Rechtssicherheit abgelehnt werden. Im übrigen besteht auch kein Grund, die Abänderung einer Entschädigungsrente zu konstruieren, selbst dann nicht, „wenn die Leistung derselben für den Pflichtigen unmöglich ist und für ihn eine ruinöse Last bedeuten würde“⁸³. In solchen Fällen ist schon von Gesetzes wegen dafür gesorgt, dass der pflichtige Ehegatte nicht mehr leisten muss, als ihm zumutbar ist. Die Tatsache, dass sich die finanziellen Verhältnisse des pflichtigen Ehegatten derart verschlechtert haben, dass ihm eine weitere Zahlung der Entschädigungsrente unmöglich wird, bedeutet, dass er zahlungsunfähig ist; dem berechtigten Ehegatten steht das Recht zu, ihn für den Betrag der zu leistenden Rente zu betreiben. Im Falle einer Betreibung geniesst aber der Schuldner und seine Familie den Schutz des Art. 93 SchKG, wonach er einer Betreibung sein Existenzminimum entgegenhalten kann. Da nach der bundesgerichtlichen Praxis⁸⁴ der aus Art. 151 Abs. 1 ZGB berechnete Ehegatte nicht mehr zur Familie des Schuldners zählt, hat dieser im Falle einer Betreibung dem Pflichtigen gegenüber keine Vorzugsstellung; er steht ihm wie jeder andere Schuldner gegenüber. Infolgedessen kann er erst befriedigt werden, wenn über das zum Leben des Schuldners und seiner Angehörigen Notwendige hinaus noch etwas vorhanden ist, und nur soweit, als etwas vorhanden ist.

Damit scheint dargetan zu sein, dass ausschliesslich die Bedürftigkeitsrente aus Art. 152 ZGB abänderbar ist im Sinne von Art. 153 Abs. 2 ZGB. Für die vorliegende Arbeit bedeutet diese Feststellung, dass sich die folgenden Ausführungen auf den Zusammenhang der Ehescheidung mit den Nebenfolgen der Bedürftigkeitsrente⁸⁵ einerseits und der Gestaltung der Elternrechte⁸⁶ anderseits beschränken kann.

b. Zusammenhänge zwischen Ehescheidung und Bedürftigkeitsrente aus Art. 152 ZGB im besonderen: Nach Art. 152 ZGB kann der Richter einen Ehegatten, unabhängig von dessen Verschulden, zu einer Beitragsleistung an den anderen, durch die Scheidung in grosse Bedürftigkeit geratenen Ehegatten verpflichten, sofern es die Vermögensverhältnisse erlauben. Die Entscheidung darüber, ob auf seiten des Berechtigten grosse Bedürftigkeit vorliegt resp. ob die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen eine Beitragsleistung zulassen, hat der Gesetzgeber dem Ermessen des Richters überlassen. Dieser wird also in jedem einzelnen Falle zu bestimmen haben, ob einerseits der Berechtigte bedürftig ist⁸⁷ und in welchem Ausmasse er be-

83) Wäsch, S. 76.

84) BGE 55 III 152 ff.

85) Art. 152 ZGB.

86) Art. 156 ZGB.

87) Der Begriff „Bedürftigkeit“ wird im Sinne von Art. 328 ZGB ausgelegt — Pr 24/Nr. 40 und 32/Nr. 200; Egger zu Art. 152 ZGB, N. 2; Gmür zu Art. 152 ZGB, N. 3; Wäsch, S. 31; Esener, S. 88 f. —. Nach der Praxis des Bundesgerichts liegt Bedürftigkeit vor, wenn die Erwerbsfähigkeit dauernd eingeschränkt ist und das Vermögen nicht auf die zu erwartende Lebenszeit hinaus zur Bestreitung des Lebensunterhaltes ausreicht — BGE 66 II 1 = Pr 29/Nr. 32; Esener, S. 89; Wäsch,

dürftig ist⁸⁸, und ob andererseits die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen die Auferlegung einer Beitragsleistung zulassen⁸⁹.

Aus dieser Umschreibung der Bedürftigkeitsrente ergeben sich für den Zusammenhang von Ehescheidung und Zusprennung dieser Rente zwei Indizien. Einmal stellt die Bedürftigkeitsrente ihrem Wesen nach eine Scheidungsnebenfolge dar, zum andern wird mit dieser Rentenleistung lediglich die infolge der Scheidung entstandene Bedürftigkeit gelindert. Beide Punkte sollen im folgenden einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

aa. Die Charakterisierung der Bedürftigkeitsrente als einer Scheidungsnebenfolge: Der Sinn des Art. 152 ZGB ist folgender: Es soll verhindert werden, dass ein Ehegatte, der während vieler Jahre seine besten Kräfte für die eheliche Gemeinschaft hingegeben hat, nur aus dem Grunde in grosse Not gerät, weil ihm ein weiteres Zusammenleben mit dem anderen Ehegatten nicht mehr möglich, ja nicht mehr zumutbar ist, da die Ehe infolge Geisteskrankheit eines Ehegatten⁹⁰ oder infolge grundsätzlicher charakterlicher Verschiedenheit beider Ehegatten derart zerrüttet ist, dass ein weiteres Zusammenleben nicht mehr ertragbar ist.

1. Aus diesem Grunde wurde die Meinung vertreten, dass aus Art. 152 ZGB eine kraft des Billigkeitsprinzips eventuell verliehene Entschädigungsleistung für den Wegfall des gegenseitigen Unterstützungsanspruches der Ehegatten⁹¹ darstelle.

Nach der früheren Feststellung⁹² kann den Ansprüchen aus Art. 152 ZGB kein Entschädigungscharakter zukommen. Es fehlt schon das Schuldmoment; auch ein schuldloser Ehegatte kann aus Art. 152 ZGB verpflichtet werden⁹³. Im übrigen kann auch nicht argumentiert werden, es liege eine Gesetzeslücke vor, Art. 152 ZGB allein ersetze den Verlust des ehelichen Unterhalts. Denn, wie schon erwähnt⁹⁴, gehen Literatur und Praxis darin einig, dass der Verlust des ehelichen Unterhaltsanspruches unter den Begriff „Vermögensrechte oder Anwartschaften“ des Art. 151 ZGB zu subsumieren sei⁹⁵; dieser Auffassung haben auch wir uns angeschlossen.

Obwohl der Entschädigungscharakter dieser Bedürftigkeitsleistung abgelehnt werden muss, kann nicht gelehnt werden, dass die Verpflichtung aus Art. 152 ZGB auf dem Prinzip der Billigkeit beruht. Daraufhin

S. 31. Über die Bemessung der Bedürftigkeit im einzelnen vgl. Esener, S. 88 ff; Hübscher, S. 70 ff; Grendelmeyer, S. 62 ff.

88) Der Berechtigte muss nicht vom totalen wirtschaftlichen Ruin bedroht sein. Der Richter kann auch eine Bedürftigkeitsleistung zusprechen, wenn der Berechtigte teilweise nicht imstande ist, sich selbst zu erhalten — vgl. BGE 66 II 2; Egger zu Art. 152 ZGB, N. 2.

89) Näheres vgl. bei Grendelmeyer, S. 62 ff.

90) Sten. Bull. 15/633, Votum Huber und Sten. Bull. 15/1079, Votum Hoffmann.

91) BGE 46 III 79 = Pr 9/Nr. 137, S. 304; Gmür zu Art. 152 ZGB, N. 1.

92) S. 61.

93) Art. 152 ZGB.

94) S. 60 ff.

95) S. 60.

deutet, dass der Gesetzgeber mit Art. 152 ZGB die erst durch die Ehescheidung entstandene Bedürftigkeit — die ja grundlegende Voraussetzung für die Anspruchsberechtigung ist — mildern wollte⁹⁶.

2. Eine andere, heute mehrheitlich vertretene Auffassung stellt die Bedürftigkeitsleistung als eine über die Dauer der Ehe hinausgehende Unterhaltspflicht des einen Ehegatten gegenüber dem anderen dar. Allein, nach der bisherigen Feststellung⁹⁷, gehen mit der Ehescheidung sämtliche Rechte und Pflichten unter, welche die Ehegatten während der Ehe gegeneinander hatten, auch die gegenseitige Unterhaltspflicht⁹⁸. Aus diesem Grunde kann die Pflicht zur Rentenzahlung aus Art. 152 ZGB nicht als eine Fortsetzung der ehelichen Unterhaltspflicht angesehen werden. Auch daraus, dass einerseits der pflichtige Ehegatte, der aus bösem Willen, Arbeitsscheu oder Liederlichkeit seinen Unterhaltsverpflichtungen aus Art. 152 ZGB nicht nachkommt, nach Art. 217 StGB bestraft werden kann, und dass andererseits die Unterhaltsansprüche aus Art. 152 ZGB unter den Begriff des „dem Schuldner und seiner Familie unumgänglich Notwendigen“ des Art. 93 SchKG subsumiert werden⁹⁹, kann nicht abgeleitet werden, dass die Bedürftigkeitsrente eine Fortsetzung der ehelichen Unterhaltspflicht darstellt. In beiden Fällen ist der Begriff „Angehöriger“ resp. „Familie“ ein anderer als im Familienrecht des ZGB. Über den Begriff „Angehöriger“ des Art. 217 StGB erübrigen sich weitere Ausführungen, nachdem der revidierte Art. 217 StGB¹⁰⁰ in Anlehnung an die bundesgerichtliche Praxis¹⁰¹ die Vernachlässigung der Unterstützungspflicht gegenüber dem geschiedenen Ehegatten ausdrücklich unter Strafe gestellt hat. Bezüglich des Familienbegriffes des Art. 93 SchKG sei lediglich erwähnt, dass dieser einerseits weiter, andererseits enger ist als derjenige des Familienrechts. Weiter ist er insofern, als auch solche Personen geschützt werden, denen gegenüber der Schuldner nur eine moralische Unterstützungspflicht hat¹⁰²; enger als der Familienbegriff des Familienrechts ist er, als Art. 93 SchKG nur solche Personen schützt, die mit dem Schuldner im gleichen Haushalt leben¹⁰².

Wenn zusammenfassend auch nicht anerkannt werden kann, dass die Bedürftigkeitsrente eine über die Ehe hinausgehende Unterhaltspflicht darstellt, so kann doch der familienrechtliche Charakter dieses Anspruches nicht übersehen werden. Dieser ist aber weniger mit der bestandenen Ehe, als vielmehr mit der Auflösung dieser Gemeinschaft in Zusammenhang

96) S. 62.

97) S. 56 f.

98) S. 56 f.

99) BGE 55 III 155.

100) Revision vom 5. Oktober 1950, in Kraft seit 5. Januar 1951.

101) BGE 69 IV 182.

102) Auch ein fremdes Kind, das vom Schuldner zwar ohne rechtliche, aber wegen moralischer Verpflichtung aufgezogen worden ist — BGE 51 III 226 f. —, oder die ledige, im gleichen Haushalt lebende, infolge Krankheit arbeitsunfähige Schwester des Schuldners — BGE 54 III 313 —, gehören zur Familie im Sinne des Art. 93 SchKG.

zu bringen: Erst die Ehescheidung vermag diesen Anspruch zum Entstehen zu bringen.

3. Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass die Bedürftigkeitsrente aus Art. 152 ZGB einen auf Billigkeit beruhenden, mit der Ehescheidung entstehenden Unterhaltsanspruch des Bedürftigen gegenüber dem anderen Ehegatten darstellt.

Damit ist gleichzeitig ein Indiz für den sachlichen Zusammenhang zwischen dieser Nebenfolge und der Ehescheidung gewonnen: Der Bedürftigkeitsanspruch entsteht erst mit der Ehescheidung; er hat die Scheidung gleichsam zur Grundlage. Ohne Scheidung ist dieser Anspruch überhaupt nicht denkbar.

bb. Kausalzusammenhang zwischen Ehescheidung und Bedürftigkeitsleistung: Ein weiteres Indiz für den sachlichen Zusammenhang zwischen Ehescheidung und Zusprechung der Bedürftigkeitsrente ist das Vorhandensein des Kausalzusammenhanges zwischen Ehescheidung und grosser Bedürftigkeit. Schon der Wortlaut des Gesetzes¹⁰³ weist darauf hin, dass die Bedürftigkeitsrente nur zugesprochen werden kann, wenn die Bedürftigkeit infolge der Scheidung entstanden ist¹⁰⁴. Das bedeutet, dass die in einem späteren Zeitpunkt, z. B. infolge Krankheit, eingetretene Bedürftigkeit nicht zu einer Leistung aus Art. 152 ZGB berechtigt¹⁰⁵, sondern einzig und allein die mit der Scheidung und durch die Scheidung hervorgerufene Bedürftigkeit.

c. Zusammenhänge zwischen Ehescheidung und Gestaltung der Elternrechte des Art. 156 ZGB im besonderen: Allein schon aus dem Wesen dieser Nebenfolge als einer notwendigen Konsequenz der Ehescheidung lässt sich der sachliche Zusammenhang von Ehescheidung und Gestaltung der Elternrechte ersehen.

aa. Das Wesen der Gestaltung der Elternrechte des Art. 156 ZGB: Die Gestaltung der Elternrechte stellt eine durch die Auflösung der ehelichen Gemeinschaft notwendig gewordene Neugestaltung der elterlichen Rechte und Pflichten dar¹⁰⁶. Sie umfasst einerseits die Gestaltung der Elternrechte im engeren Sinne, also die Übertragung der elterlichen Gewalt an die Vormundschaftsbehörde, und andererseits die Regelung der Unterhaltspflicht desjenigen Ehegatten, dem die elterliche Gewalt entzogen worden ist¹⁰⁷, sowie dessen Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde¹⁰⁸. Die Ent-

103) Art. 152 ZGB: „Gerät ein schuldloser Ehegatte durch die Scheidung...“.

104) ebenso Wäsch, S. 31; Egger zu Art. 152 ZGB, N. 2; Gmür zu Art. 152 ZGB, N. 3; BGE 67 II 5.

105) BGE 67 II 5: In diesem Entscheid hat das Bundesgericht die Zusprechung einer Bedürftigkeitsleistung verweigert, weil infolge schwerer Geisteskrankheit der Beklagten eine wirkliche Gemeinschaft nie bestanden hat; Egger zu Art. 152 ZGB, N. 2.

106) Egger zu Art. 156 ZGB, N. 1; Gmür zu Art. 156 ZGB, N. 4; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung in BBl 1904 IV 24 f.

107) Art. 156 Abs. 2 ZGB.

108) Art. 156 Abs. 3 ZGB.

scheidung über alle diese Massnahmen hat der Gesetzgeber in das Ermessen des Richters gestellt. Dieser soll als Vertreter des Staates das Wohl des Kindes, des Trägers des Staates von morgen, wahren. Leitender Grundsatz hat jederzeit das Wohl des Kindes¹⁰⁹ zu sein.

Bei der Gestaltung der Elternrechte im engeren Sinne wird der Richter somit in erster Linie zu prüfen haben, ob einer der beiden Ehegatten zur Erziehung des Kindes geeignet erscheint, resp. welcher der beiden Ehegatten geeigneter ist. Dabei wird er in erster Linie auf den Charakter und die Fähigkeiten der Ehegatten zur Erziehung des Kindes, sowie auf die äusseren Umstände Rücksicht nehmen müssen¹¹⁰.

Hinsichtlich der Regelung des Unterhaltsbeitrages desjenigen Ehegatten, dem die elterlichen Rechte entzogen worden sind, wird der Richter in erster Linie auf die finanziellen Verhältnisse der beiden Ehegatten abstellen müssen¹¹¹.

Bei der Regelung des persönlichen Verkehrs hat der Richter darauf zu achten, dass das Kind infolge des Verkehrs mit demjenigen Ehegatten, dem die elterliche Gewalt entzogen worden ist, nicht negativ beeinflusst wird. Andererseits hängt das Besuchsrecht auch von der örtlichen Entfernung dieses Ehegatten vom Kinde ab¹¹².

Landolt¹¹³ und Gigon¹¹⁴ vertreten die Auffassung, dass die Ehescheidung und die Regelung der Nebenfolgen in erster Linie die Interessenkonflikte der beiden Ehegatten, nicht aber das Verhältnis zwischen Eltern und Kind berühren. Aus diesem Grunde gehöre die Gestaltung der Elternrechte des Art. 156 ZGB ihrer inneren Natur nach nicht dem Scheidungsrechte an; sie stelle keine eigentliche Nebenfolge dar, sondern sei in erster Linie eine staatliche Massnahme zum Schutze des Kindes, ähnlich den vormundschaftlichen Massnahmen der Art. 283 ff. ZGB.

Ihre Auffassung begründet Gigon¹¹⁵ damit, dass das Gesetz die Kinder nicht als „rechtlose Objekte der elterlichen Willensbetätigung“ ansehe, sondern dass es diesen einen Anspruch gegen die Eltern einräume. Somit ständen bei der Neugestaltung der Elternrechte im Scheidungsprozess nicht nur die Verhältnisse zwischen den Ehegatten, sondern auch die Rechte des Kindes im Spiele, indem durch die Scheidung der „natürliche Anspruch des Kindes auf ein Zusammenleben mit Vater und Mutter“ zerstört werde. Diesen Anspruch des Kindes leitet Gigon vor allem aus Art. 159 Abs. 2 ZGB ab. Durch die Geburt des Kindes entstehe nicht nur das Eltern- und Kindesverhältnis, sondern auch das Verhältnis der Ehegatten werde erheblich beeinflusst, denn das Eheversprechen wirke „jetzt nicht mehr nur unter den Ehegatten, sondern auch gegen das Kind“. Die Ehegatten „seien dem

109) Landolt, S. 31; Egger zu Art. 156 ZGB, N. 1; Gmür zu Art. 156 ZGB, N. 4.

110) Näheres vgl. bei Landolt, S. 30 ff; Gigon, S. 31 ff; Michel, S. 16 ff.

111) Näheres vgl. bei Landolt, S. 65 ff; Gigon, S. 109 ff; Michel, S. 24 ff.

112) Näheres vgl. bei Landolt, S. 72 ff; Gigon, S. 101 ff; Michel, S. 26 f.

113) Landolt, S. 31.

114) Gigon, S. 35 ff.

115) Gigon, S. 35.

Kind gegenüber als drittem Beteiligten verpflichtet zur Aufrechterhaltung der ehelichen Gemeinschaft“. Bei der Trennung der Ehegatten infolge Ehescheidung würde das Recht des Kindes verletzt.

Dieser Auffassung kann nicht ohne weiteres beigestimmt werden. Der Ansicht Gignons muss entgegengehalten werden, dass von einer rechtlichen Pflicht zur Aufrechterhaltung der Gemeinschaft überhaupt nicht gesprochen werden kann. Pflichten im rechtlichen Sinne sind solche, die entweder selbst erzwingbar sind oder für erzwingbare Pflichten erheblich sind¹¹⁶. Die Aufrechterhaltung der ehelichen Gemeinschaft ist aber weder das eine noch das andere. Daraufhin deutet schon der Umstand, dass die Ehescheidung, also die Auflösung der ehelichen Gemeinschaft, die gesetzliche Sanktion für die Verletzung einer ehelichen Pflicht darstellt¹¹⁷. Demzufolge kann Art. 159 ZGB weder eine Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Gemeinschaft der Ehegatten gegeneinander, noch gegenüber dem Kinde begründen. Im übrigen gibt Gigon selbst zu, dass dieses Recht auf Aufrechterhaltung der ehelichen Gemeinschaft wohl kaum durchsetzbar sei; Verträglichkeit lasse sich eben nicht erzwingen¹¹⁸.

Ausserdem ordnet Art. 159 ZGB in erster Linie das Verhältnis der beiden Ehegatten zueinander und nicht das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern¹¹⁹, indem er diese verpflichtet, für das Wohl der Gemeinschaft und für die Kinder zu sorgen¹²⁰. Nun kann es aber Fälle geben — namentlich bei tiefer Zerrüttung der Ehe —, in denen das Wohl des Kindes eine Auflösung der Gemeinschaft erheischt. Denn eine Gemeinschaft, in welcher Zank und Hass vorherrschend sind, ist keine Gemeinschaft im wahren Sinne. In einer solchen Umgebung wird die geistige und sittliche Entwicklung des Kindes mehr gefährdet als gefördert. In solchen Fällen erscheint das Wohl des Kindes mit der Scheidung eher gewahrt als mit der Aufrechterhaltung der ehelichen Gemeinschaft.

Allerdings ist Gigon insofern zuzustimmen, als Art. 156 ZGB, der die Gestaltung der Elternrechte bei der Ehescheidung normiert, einen Teil der Kinderfürsorge darstellt. Es handelt sich aber hier nicht um eine Kinderfürsorgemassnahme schlechthin, sondern um die durch die Ehescheidung bedingte Kinderfürsorge. Infolgedessen darf die Regelung der Elternrechte bei der Ehescheidung nicht von der Scheidung getrennt und als selbständige Massnahme des Kinderschutzes betrachtet werden¹²¹.

Für die Auffassung, dass die Gestaltung der Elternrechte eine Nebenfolge — allerdings mit Kinderschutzcharakter — darstellt, spricht auch die Stellung dieses Artikels im Gesetz. Hätte der Gesetzgeber in der Gestaltung der Elternrechte eine reine Kinderschutzmassnahme erblickt, so hätte er

116) Burckhardt, Einführung, S. 17.

117) Erläuterungen, S. 153.

118) Gigon, S. 35.

119) Gmür zu Art. 159 ZGB, N. 15.

120) Art. 159 Abs. 1 ZGB; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung in BBl 1904 IV 25; Erläuterungen, S. 152 ff.

121) Gigon, S. 36 f.

diese im Zusammenhang mit den übrigen staatlichen Massnahmen zum Schutze des Kindes¹²² geregelt und nicht im Zusammenhang mit der Ehescheidung resp. mit den übrigen Nebenfolgen.

Auch wenn das Gesetz im übrigen nie von den Nebenfolgen spricht, wie Gigon¹²³ geltend macht, so bedeutet diese Tatsache noch lange nicht, dass die Gestaltung der Elternrechte nicht doch eine Nebenfolge ist. Denn im Gesetz wird der Ausdruck „Nebenfolgen“ überhaupt nicht gebraucht, trotzdem bestreitet auch Gigon nicht, dass es sich bei den übrigen, mit der Scheidung zusammenhängenden Folgen, namentlich aber bei den vermögensrechtlichen Folgen, eben doch um Nebenfolgen handelt.

Ebensowenig vermag der Umstand, dass das Kinderzuteilungsdispositiv selbständig ans Bundesgericht weitergezogen werden kann¹²⁴, den selbständigen Charakter dieser Nebenfolge zu begründen. Wie in anderem Zusammenhang¹²⁵ ausgeführt worden ist, kann nach Art. 55 lit. b OG jeder einzelne Punkt eines Urteilsdispositivs ans Bundesgericht weitergezogen werden, es ist nicht verlangt, dass das ganze Urteil angefochten wird.

Alle diese Momente deuten darauf hin, dass die Gestaltung der Elternrechte eine Scheidungsnebenfolge darstellt. Sie ist eine mit der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft im Zusammenhang stehende Massnahme und nicht eine selbständige Massnahme zum Schutze des Kindeswohles. Dabei kann jedoch nicht bestritten werden, dass die Gestaltung der Elternrechte Fürsorgecharakter hat.

Aus dieser Charakterisierung der Nebenfolge des Art. 156 ZGB ist gleichzeitig der Zusammenhang zwischen Ehescheidung und Gestaltung der Elternrechte ersichtlich. Indem diese Nebenfolge eine durch die Auflösung der ehelichen Gemeinschaft bedingte Massnahme darstellt, gelangt sie erst mit dieser zur Entstehung. Dies bedeutet nichts anderes, als dass die Scheidung erst die Voraussetzung für die Gestaltung der Elternrechte bildet.

d. Zusammenfassung: Zwischen Ehescheidung und abänderbaren Nebenfolgen im besonderen besteht somit ein Zusammenhang in sachlicher Hinsicht. Die Nebenfolgen stellen eine durch die Auflösung der ehelichen Gemeinschaft bedingte Massnahme dar, entstehen also erst mit der Scheidung und infolge der Scheidung. Aus diesem Grunde können in sachlicher Hinsicht Ehescheidung und Regelung der Nebenfolgen zu einer Einheit, nämlich der Ehescheidung im weiteren Sinne, zusammengefasst werden.

Nunmehr bleibt noch zu untersuchen, in welchem Verhältnis die Ehescheidung im weiteren Sinne zur Abänderung des Scheidungsurteils steht. Sofern zwischen diesen beiden Instituten in sachlicher Hinsicht ein Zusammenhang nachgewiesen werden kann, würde dies auf die Zuständigkeit des Richters am Wohnsitz des Klägers hindeuten; mit anderen Worten, Art. 144 ZGB könnte auch für das Abänderungsverfahren Anwendung finden.

122) Art. 283 ff ZGB.

124) Gigon, S. 36.

123) Gigon, S. 36.

125) S. 33.

II. Das Verhältnis zwischen Ehescheidung im weiteren Sinne und Abänderungsverfahren¹²⁶

Bei der Untersuchung des sachlichen Zusammenhanges zwischen Ehescheidung im weiteren Sinne und Abänderungsverfahren wird man wiederum in erster Linie das Augenmerk auf den Zusammenhang zwischen Regelung der Nebenfolgen im Scheidungsverfahren und Abänderung dieser Nebenfolgen richten müssen. Ergibt sich zwischen diesen beiden Instituten ein enges Verhältnis in sachlicher Hinsicht, so ist gleichzeitig der Zusammenhang zwischen Ehescheidung im weiteren Sinne und Abänderungsverfahren nachgewiesen. Denn wie im vorigen Abschnitt dargestellt worden ist, können Ehescheidung und Regelung der Nebenfolgen auch in sachlicher Hinsicht zu einer Einheit zusammengefasst werden.

Bei der Regelung der Nebenfolgen im Scheidungsurteil waren alle Tatsachen massgebend, die zur Zeit der Scheidung bestanden haben und im Moment der Eheauflösung bereits voraussehbar waren, die Tatsachen also, von denen angenommen werden konnte, dass sie sich in naher Zukunft realisieren würden. Naturgemäss sind solche Prognosen ungewiss; die tatsächlichen Verhältnisse können sich in der Zukunft anders gestalten als im Zeitpunkt des Scheidungsprozesses voraussehbar war. Diese Diskrepanz zwischen wirklichen und den dem Scheidungsurteil zugrunde liegenden Tatsachen will das Abänderungsverfahren auszugleichen suchen. Aus dieser Charakterisierung des Abänderungsverfahrens ergeben sich für die hier zur Diskussion stehende Frage des sachlichen Zusammenhanges zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren zwei wichtige Anhaltspunkte. In materieller Hinsicht wird eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse verlangt, und in formeller Hinsicht müssen sich die Verhältnisse seit der Ausfällung des Scheidungsurteils geändert haben.

Bevor jedoch auf die Darstellung dieser beiden Punkte näher eingetreten werden kann, ist zu untersuchen, in welcher Art und Weise die beiden abänderbaren Nebenfolgen geändert werden können.

1. Art und Weise der Abänderung der änderbaren Nebenfolgen.

Wie aus früheren Feststellungen¹²⁷ hervorgeht, sind abänderbar die Gestaltung der Elternrechte des Art. 156 ZGB einerseits und die Bedürftigkeitsrente des Art. 152 ZGB anderseits. In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, in welcher Art und Weise diese beiden Nebenfolgen abgeändert werden können.

126) Wo im folgenden von Ehescheidung die Rede ist, soll die Ehescheidung im weiteren Sinne, also die Ehescheidung im engeren Sinne plus Regelung der Nebenfolgen, verstanden werden.

127) S. 67.

a. *Art und Weise der Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs:* Der Wortlaut des Gesetzes¹²⁸ sagt nicht, worin die Änderung des Kinderzuteilungsdispositivs des Scheidungsurteils bestehen kann. Dagegen ist in Literatur und Praxis unbestritten, dass das Kinderzuteilungsdispositiv in allen Punkten abgeändert werden kann, die der Richter im Scheidungsurteil zu regeln hatte¹²⁹. Dies ergebe sich schon aus dem Zusammenhang mit dem Wortlaut des Art. 156 ZGB. Dieser Auffassung können auch wir uns anschliessen. Somit kann das Scheidungsurteil bezüglich der Gestaltung der Elternrechte sowohl in bezug auf die Neugestaltung der Elternrechte selbst¹³⁰, als auch in Hinsicht auf das Besuchsrecht¹³¹ und bezüglich der Unterhaltsleistung¹³² abgeändert werden, wobei diese erhöht oder herabgesetzt werden kann¹³³.

b. *Art und Weise der Abänderung der Bedürftigkeitsrente:* Aus dem Wortlaut des Art. 153 Abs. 2 ZGB geht hervor, dass eine Bedürftigkeitsrente aufgehoben oder herabgesetzt werden kann. Über die Möglichkeit einer Erhöhung ist dem Gesetz nichts zu entnehmen. Mit der Literatur und der Praxis¹³⁴ ist daher eine Erhöhung der Rente ihrem Werte nach zu verneinen. Dies ergibt sich schon aus dem Schweigen des Art. 153 Abs. 2 ZGB, im Gegensatz zu Art. 320 ZGB beispielsweise, wo ganz allgemein von „Neubestimmung der Unterhaltsbeiträge“ die Rede ist. Andererseits kann die Ablehnung der Erhöhung auch der ratio dieser Bestimmung entnommen werden. Mit der Bedürftigkeitsleistung soll einzig und allein die aus der Scheidung hervorgegangene, nicht aber eine später entstehende Bedürftigkeit gelindert werden. Denn die Bedürftigkeitsleistung stellt keine Fortsetzung der ehelichen Unterhaltspflicht über die Scheidung hinaus dar, sondern eine mit der Scheidung neu entstehende Unterhaltspflicht. Diese ist nicht in gleichem Masse von den jeweiligen finanziellen Verhältnissen des Pflichtigen abhängig wie die eheliche Unterhaltspflicht, wie schon in anderem Zusammenhang dargestellt worden ist¹³⁵.

Dagegen stellt sich die Frage, ob eine Erhöhung im Sinne einer Anpassung an die äusseren Umstände möglich ist. Nach der Meinung des Bundesgerichtes¹³⁶ würde eine ziffernmässig höhere Geldsumme keine Erhöhung der Leistung bedeuten, wenn „das Sinken der Kaufkraft des Geldes auf eine Änderung der Währung, sei es durch Verringerung des Gewichts oder des Feingehaltes des Währungsgeldes unter Beibehaltung seines bisherigen Nennwertes, sei es durch Papiergeldinflation, zurückzuführen wäre; . . .“. Da dies beim Schweizerfranken jedoch nicht zutreffe, könne „von einer Aufwertung im eigentlichen Sinne nicht die Rede sein“. Diesen Entscheid fällt das Bundesgericht 1925. Schon elf Jahre später ist es beim Schweizer-

128) Art. 157 ZGB.

129) Michel, S. 37; Gmür zu Art. 157 ZGB, N 7; Egger zu Art. 157 ZGB, N. 9.

130) Art. 156 Abs. 1 ZGB.

131) Art. 156 Abs. 3 ZGB.

132) Art. 156 Abs. 2 ZGB.

133) Näheres vgl. bei Michel, S. 37 f.

134) BGE 51 II 15; 77 II 23; Wäsch, S. 57 f und die dort zitierte Literatur.

135) S. 67 ff.

136) BGE 51 II 20.

franken doch zugetroffen, dass er entwertet worden ist. Aus diesem Grunde ist in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht in solchen Fällen eine Anpassung der Bedürftigkeitsrente zu befürworten.

Anderserseits ist auch der Fall denkbar, dass ein Sinken der Kaufkraft des Geldes eine „Erhöhung“ der Bedürftigkeitsrente rechtfertigen könnte. Allerdings ist der Meinung des Bundesgerichtes darin zuzustimmen, dass das Sinken der Kaufkraft des Geldes nicht ohne weiteres eine Erhöhung der Einkünfte nach sich ziehe, sondern dass die individuellen Verhältnisse jeder einzelnen Person darüber entscheiden, ob „überhaupt und allfällig in welchem Umfang sie zur Ausgleichung der Verminderung der Kaufkraft des Geldes ihre Einkünfte zu vermehren vermag“¹³⁷. Soweit sich aber diese Einkünfte des Pflichtigen der Verminderung der Kaufkraft des Geldes angepasst haben, ist die „Erhöhung“ der Bedürftigkeitsrente zu bejahen. Dieser Annahme stehen auch die früher¹³⁸ gemachten Ausführungen, wonach die Bedürftigkeitsrente als eine mit der Scheidung entstehende, auf dem Prinzip der Billigkeit beruhende Unterhaltspflicht nicht in gleichem Masse von den jeweiligen finanziellen Verhältnissen der Pflichtigen abhängig ist wie die eheliche Unterhaltspflicht nicht entgegen. Damit wollte lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass die Bedürftigkeitsleistung den Pflichtigen in seinem wirtschaftlichen Fortkommen nicht hindern dürfe: So soll z. B. eine Lohnerhöhung auf Grund einer beruflichen Besserstellung in ihrem vollen Umfange dem Pflichtigen zukommen und die Rentenleistung in keiner Weise berühren. Dagegen bedeutet ein Ausgleich der Verminderung der Kaufkraft auf seiten des Pflichtigen keine wirtschaftliche Besserstellung in dem Sinne, wie sie eine Lohnerhöhung infolge besserer Leistungen darstellt. Aus diesem Grunde rechtfertigt gerade das der Bedürftigkeitsleistung innewohnende Prinzip der Billigkeit, dass in solchen Fällen auch die Bedürftigkeitsrente eine Angleichung erfährt.

2. Materielle Voraussetzungen der Abänderung eines Scheidungsurteils

Voraussetzung jedes Abänderungsverfahrens ist die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse. Worin diese Veränderung im einzelnen bestehen kann, hat der Gesetzgeber bereits in den Artikeln dargetan, welche die Abänderung normieren. So kann nach Art. 153 Abs. 2 ZGB die Bedürftigkeitsrente geändert werden, wenn entweder auf seiten des Berechtigten die Bedürftigkeit weggefallen ist oder in erheblichem Masse abgenommen hat, oder wenn auf seiten des Pflichtigen dessen Vermögensverhältnisse der Höhe der Rente nicht mehr entsprechen. Das Kinderzuteilungsdispositiv andererseits kann abgeändert werden, sofern sich die Verhältnisse infolge von Heirat, Wegzug oder Tod eines Elternteils oder aus anderen Gründen geändert haben. Mit diesem Hinweis auf die all-

137) BGE 51 II 20.

138) S. 67 ff.

gemeinen Gründe bezweckte der Gesetzgeber eine Anpassung an die Vielfältigkeit des Lebens. Denn nicht nur die drei im Gesetz genannten Gründe — Heirat, Wegzug oder Tod eines Elternteils — vermögen eine so grosse Diskrepanz zwischen den dem Scheidungsurteil zugrunde gelegenen Verhältnissen und der seither eingetretenen Veränderung der Tatsachen, herbeizuführen, dass eine Abänderung gerechtfertigt wäre, sondern noch viele andere, vom Gesetzgeber nicht vorauszusehende und daher nicht normierte Gründe. So vermag beispielsweise auch eine Änderung in persönlicher Hinsicht auf seiten des Kindes¹³⁹ oder auf seiten des Gewaltinhabers¹⁴⁰ oder in finanzieller Hinsicht auf seiten des Kindes¹⁴¹ oder auf seiten des Gewaltinhabers¹⁴² eine Änderung des Scheidungsurteils zu rechtfertigen.

Einschränkend ist jedoch zu bemerken, dass nicht jede Veränderung der Verhältnisse eine Abänderung des Scheidungsurteils herbeizuführen vermag, vielmehr wird eine wesentliche Veränderung vorausgesetzt.

Diese Beschränkung auf erhebliche Veränderungen ergibt sich schon aus dem Wesen der Abänderung selbst. Wie bereits vorn¹⁴³ dargetan worden ist, stellt die Abänderung eine Verschärfung der Rechtskraft des Scheidungsurteils dar. Damit wird bezweckt, dass der Richter nicht schon wegen einer geringfügigen Änderung der Verhältnisse gegenüber dem Scheidungsurteil angegangen werde. Ausserdem liegt es im Interesse der beiden Ehegatten, dass die Rente aus Art. 152 ZGB nicht zu vielen Schwankungen ausgesetzt wird, einerseits, und anderseits verlangt das Wohl des Kindes eine möglichst konstante Gestaltung der Elternrechte.

a. Wesentliche Veränderung bei der Gestaltung der Elternrechte: Schon das Wohl des Kindes verlangt eine möglichst konstante Erziehung. Dafür besteht nur Gewähr, wenn das Kind nach Möglichkeit dem gleichen Elternteil belassen und nicht unnötigerweise hin und her gerissen wird. Demzufolge soll eine Veränderung der Verhältnisse nur dann zur Änderung eines Scheidungsurteils führen, wenn sonst das Wohl des Kindes in erheblichem Masse beeinträchtigt würde¹⁴⁴. So vermögen beispielsweise

139) z. B. der körperliche oder geistige Gesundheitszustand des Kindes macht eine besondere Pflege und daher eine anderweitige Unterbringung notwendig — vgl. Egger zu Art. 157 ZGB, N. 8; Michel, S. 43; SJZ 12/163, Nr. 129.

140) Der Gewaltinhaber ist beispielsweise infolge Krankheit nicht mehr allein imstande, die Interessen des Kindes zu wahren — vgl. Egger zu Art. 157 ZGB, N. 3 und N. 8; Gmür zu Art. 157 ZGB, N. 7d; Michel, S. 42 f; BIZR 22/Nr. 137.

141) so z. B., wenn das Kind seinen Lebensunterhalt früher selbst verdient, als im Scheidungsurteil angenommen worden ist, oder wenn das Kind eine kostspieligere Ausbildung geniesst, als bei der Scheidung vorgesehen worden war — vgl. Egger zu Art. 157 ZGB, N. 8.

142) Wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt z. B. die Unterhaltskosten nicht mehr aufzubringen vermag — vgl. Egger zu Art. 157 ZGB, N. 8; Michel, S. 43 f.

143) S. 46.

144) Egger zu Art. 156 ZGB, N. 1 und N. 11; Gmür zu Art. 157 ZGB, N. 1 und zu Art. 156 ZGB, N. 2; Michel, S. 36.

Wiederverheiratung, Wegzug oder Tod eines Elternteils die Abänderung eines Scheidungsurteils nur dann zu begründen, wenn dem Kinde dadurch grosse Nachteile erwachsen¹⁴⁵.

Daraus kann geschlossen werden, dass bei der Änderung des Scheidungsurteils, in gleicher Weise wie bei der Gestaltung der Elternrechte, das Wohl des Kindes leitender Grundsatz sein muss. Art. 157 ZGB stellt somit eine Ergänzung zu Art. 156 ZGB dar. Wie in Art. 156 ZGB, ist auch in Art. 157 ZGB eine Kinderschutzmassnahme im Zusammenhang mit der Ehescheidung¹⁴⁶ zu erblicken.

Für den inneren Zusammenhang von Art. 156 und Art. 157 ZGB spricht ausserdem der Umstand, dass das Scheidungsurteil nicht nur hinsichtlich der Gestaltung der Elternrechte im engeren Sinne, sondern auch hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge und des Besuchsrechtes¹⁴⁷ abgeändert werden kann.

b. Wesentliche Veränderung bei der Bedürftigkeitsrente: Nach dem Wortlaut des Gesetzes besteht eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse einmal dann, wenn der berechtigte Ehegatte überhaupt nicht mehr bedürftig ist, also seinen Lebensunterhalt wieder mit eigenen Mitteln bestreiten kann¹⁴⁸. Ferner kann eine Bedürftigkeitsrente herabgesetzt werden, wenn die Bedürftigkeit des Berechtigten in erheblichem Masse abgenommen hat. Damit will der Gesetzgeber andeuten, dass nicht jede geringfügige, vorübergehende Abnahme der Bedürftigkeit eine Herabsetzung der Rentenleistung zu rechtfertigen vermag. Eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse liegt somit vor, wenn durch sie gegenüber der Regelung im Scheidungsurteil eine andere Entscheidung notwendig wird¹⁴⁹. So kann nach der Praxis eine Rente beispielsweise herabgesetzt werden, wenn der Berechtigte erhebliche Einkünfte hat, die aber doch nicht ganz ausreichen, um seine Bedürftigkeit zu decken¹⁵⁰.

Andererseits kann eine Rente herabgesetzt werden, wenn auf seiten des Pflichtigen die Höhe der Rente dessen Vermögensverhältnissen nicht mehr

145) So z. B., wenn durch die Wiederverheiratung des Inhabers der elterlichen Gewalt das Kind einem Stiefelternteil ausgeliefert würde, der Nebenbuhler seines Vaters oder seiner Mutter gewesen ist. — Vgl. Michel, S. 39. Oder wenn infolge Wegzugs des Inhabers der elterlichen Gewalt die Gesundheit des Kindes gefährdet wird oder dessen Bildungsmöglichkeiten eingeschränkt werden — vgl. Michel, S. 41.

146) Egger zu Art. 156 ZGB, N. 1 und N. 11; Gmür zu Art. 156, ZGB, N. 2 und zu Art. 157 ZGB, N. 1; Michel, S. 36.

147) Michel, S. 36 f.

148) Es spielt keine Rolle, auf welche Weise die Bedürftigkeit abgenommen hat. So kann der Bedürftige beispielsweise eine Erbschaft gemacht haben, oder sein Gesundheitszustand hat sich verbessert, so dass er wieder erwerbstätig sein kann — vgl. Wäsch, S. 53; Gmür zu Art. 153 ZGB, N. 12.

149) Egger zu Art. 153 ZGB, N. 6; Wäsch, S. 51; BGE 43 II 476; SJZ 40/189.

150) Der Berechtigte kann beispielsweise wieder eine leichtere Arbeit verrichten und dadurch einen Teil seines Lebensunterhaltes, jedoch noch nicht seinen ganzen Lebensunterhalt, wieder selbst verdienen.

entspricht. Der Pflichtige soll nicht mehr leisten müssen, als seine Vermögensverhältnisse erlauben. In erster Linie hat der Pflichtige einen Anspruch darauf, seinen eigenen und seiner Familie Bedarf — z. B. bei Wiederverheiratung — zu decken. Nur soweit, als darüber hinaus noch etwas vorhanden ist, kann dieser zur Rentenzahlung aus Art. 152 ZGB verpflichtet werden. Ändern sich in der Folge seine Vermögensverhältnisse derart, dass dieser Überschuss abgenommen oder sich auf Null reduziert hat, so kann er Herabsetzung seiner Rentenleistung verlangen¹⁵¹.

Bis dahin war immer nur von der Herabsetzung resp. Aufhebung der Rente die Rede. Nach der in anderem Zusammenhang¹⁵² gemachten Feststellung kann bei Entwertung des Geldes und unter ganz bestimmten Voraussetzungen bei Sinken der Kaufkraft die Rentenleistung auch „erhöht“ werden. Aus diesem Grunde ist auch in der Entwertung des Geldes und unter den genannten Voraussetzungen im Sinken der Kaufkraft eine wesentliche Veränderung zu erblicken.

c. *Zusammenfassend* kann gesagt werden, dass der Richter sowohl bei der Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs des Art. 157 ZGB als auch bei der Abänderung der Bedürftigkeitsrente des Art. 153 ZGB wieder die gleichen Fragen zu prüfen hat wie bei der Gestaltung dieser beiden Nebenfolgen:

Bei der Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs hat er zu untersuchen, auf welche Weise das Wohl des Kindes am besten gewährt werden kann.

Bei der Abänderung der Bedürftigkeitsrente hat er zu prüfen, ob einerseits dem Pflichtigen eine Rentenzahlung weiterhin zugemutet und eventuell in welcher Höhe er zur Rentenleistung verpflichtet werden kann, und ob andererseits der Berechtigte noch bedürftig ist, und in welchem Masse noch Bedürftigkeit vorliegt.

Daraus folgt, dass die Bestimmungen über die Abänderung eine Ergänzung zu den Normen über die Gestaltung dieser Nebenfolgen darstellen. Diese Tatsache aber weist auf das Bestehen eines sachlichen Zusammenhanges zwischen Regelung dieser Nebenfolgen im Scheidungsprozess und Abänderungsverfahren in bezug auf diese Nebenfolgen hin.

3. Formelle Voraussetzungen der Abänderung eines Scheidungsurteils.

a. *Veränderung der Verhältnisse seit der Ehescheidung*: Zugunsten des sachlichen Zusammenhanges spricht auch die Tatsache, dass nur die Veränderungen berücksichtigt werden, die seit der Ehescheidung eingetreten

151) Wäsch, S. 51; Gmür zu Art. 157 ZGB, N. 3. Es spielt keine Rolle, ob sich die Einnahmen vermehrt oder die Ausgaben vermindert haben. So kann eine Rentenverpflichtung herabgesetzt werden, weil der pflichtige Ehegatte beispielsweise arbeitslos geworden ist oder eine schlechter bezahlte Stelle angetreten hat — vgl. Wäsch, S. 51 —, oder weil infolge Wiederverheiratung sich die Ausgaben des Pflichtigen vermehrt haben.

152) S. 75 f.

sind. Bei der Regelung der Nebenfolgen im Scheidungsurteil waren alle die Tatsachen massgebend, die zur Zeit der Scheidung bestanden und vor-
 aussehbar waren, von denen also angenommen werden konnte, dass sie
 sich in naher Zukunft realisieren würden. Diese Prognosen sind jedoch so
 ungewiss, dass der Fall eintreten kann, dass sich die tatsächlichen Verhält-
 nisse anders gestalten, als zur Zeit der Ehescheidung vorauszusehen war.
 Diese Diskrepanz zwischen Wirklichkeit und den dem Scheidungsurteil
 zugrunde gelegenen Tatsachen will das Abänderungsverfahren ausgleichen.
 Aus diesem Grunde können einzig und allein die Tatsachen, die im Schei-
 dungsurteil nicht berücksichtigt wurden und erst seit der Ausfällung des
 Scheidungsurteils eingetreten sind, bei der Abänderung berücksichtigt
 werden. Somit können z. B. Tatsachen, die schon vor der Beurteilung der
 Scheidungsklage bekannt waren, aber nicht geltend gemacht worden sind,
 das Abänderungsverfahren nicht begründen. Denn in diesem Falle sind
 sich die tatsächlichen Verhältnisse seit der Scheidung gleich geblieben; auch
 die Kenntnis dieser Verhältnisse hat sich nicht geändert¹⁵³. Diese Tatsachen
 hätten noch während des Scheidungsprozesses geltend gemacht werden
 können, denn die Rechtskraft erstreckt sich auch auf Veränderungen, die
 während des Verfahrens eingetreten sind¹⁵⁴. Andererseits kann ein Schei-
 dungsurteil auch nicht abgeändert werden, wenn Tatsachen, die bereits vor
 dem Scheidungsprozess vorhanden waren, aber erst später bekannt wurden,
 vorgebracht werden. Denn auch in diesem Fall haben sich die tatsächlichen
 Verhältnisse nicht verändert, sondern lediglich die Kenntnisse von diesen
 Verhältnissen¹⁵⁵. Wie aber bereits weiter vorn dargetan worden ist, be-
 zweckt das Abänderungsverfahren keine Revision¹⁵⁶, sondern eine An-
 passung des Scheidungsurteils an die neuen Verhältnisse.

b. Die Abänderung des rechtskräftigen Urteils: In der Literatur und
 Praxis ist unbestritten, dass die beiden Nebenfolgen — die Bedürftigkeits-
 rente des Art. 152 ZGB, sowie die Gestaltung der Elternrechte des
 Art. 156 ZGB — nur abänderbar sind, sofern sie im Scheidungsurteil
 eine ausdrückliche Regelung erfahren haben¹⁵⁷. Dabei spielt es keine Rolle,
 ob der Richter über diese Nebenfolgen entschieden hat, oder ob die Par-
 teien darüber eine Vereinbarung getroffen haben, die vom Richter ge-
 nehmigt worden ist¹⁵⁸. Denn durch die richterliche Genehmigung wird die
 privatrechtliche Vereinbarung der Parteien auch Bestandteil des Urteils¹⁵⁹.

153) Michel, S. 35; BGE 39 II 175; 53 II 193.

154) BlZR 11/Nr. 138 und 124; BGE 24 II 430; v. Wyss, S. 69; Michel, S. 35;
 Wäsch, S. 51.

155) Michel, S. 36; BGE 39 II 175 und 53 II 193.

156) Michel, S. 34, Wäsch, S. 51.

157) Gmür zu Art. 153 ZGB, N. 10; Gmür zu Art. 157 ZGB, N. 5b; Egger
 zu Art. 157 ZGB, N. 1 und 8; Wäsch, S. 49; Michel, S. 33.

158) v. Wyss, S. 69; Egger zu Art. 153 ZGB, N. 6; BlZR 17/Nr. 94; SJZ
 26/28, Nr. 16; BGE 43 II 476, E. 1; 60 II 169.

159) BGE 60 II 82.

Andererseits ist unbestritten, dass keine Abänderung von Nebenfolgen möglich ist, wenn diese im Scheidungsurteil hätten geregelt werden sollen, aber nicht berücksichtigt worden sind¹⁶⁰. Mit Michel¹⁶¹ kann darin eine Lücke des Urteils gesehen werden, die der Ergänzung durch den Scheidungsrichter bedarf¹⁶².

4. *Zusammenfassung*: Daraus muss gefolgert werden, dass zwischen Regelung der Nebenfolgen und Abänderungsverfahren ein enger sachlicher Zusammenhang besteht, der die Anwendung des Art. 144 ZGB auch bei der Abänderung von Scheidungsurteilen rechtfertigt. Abschliessend ist den gemachten Ausführungen zu entnehmen, dass entgegen der Auffassung des Bundesgerichts zur Abänderung eines Scheidungsurteils der Richter am Wohnsitz des Klägers zuständig ist.

B. Auslegung des Art. 144 ZGB im besonderen

§ 7. Der Gerichtsstand am Wohnort des Klägers

Die Zuständigkeit des Richters am Wohnsitz der klagenden Partei zur Beurteilung des Abänderungsbegehrens ergibt sich nicht nur aus dem sachlichen Zusammenhang zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren, sondern auch aus Art. 144 ZGB. Danach ist für die „Klage“ der Richter am Wohnsitz des klagenden Ehegatten zuständig. Welche Klage darunter zu verstehen ist, kann allerdings dem Wortlaut dieses Artikels nicht entnommen werden, sondern ist durch Auslegung zu ermitteln.

160) Egger zu Art. 157 ZGB, N. 1 und 8; ZBJV 63/239 f; BIZR 26/Nr. 135; BGE 44 I 156.

161) Michel, S. 34.

162) In bezug auf die Bedürftigkeitsrente hat das Bundesgericht allerdings erklärt, dass eine nachträgliche Ergänzung nicht möglich sei. Die Regelung dieser Nebenfolge stehe im Belieben der Parteien; der Richter habe somit nur auf Antrag hin darüber zu entscheiden. Dies würde bedeuten, dass die Bedürftigkeitsrente nur beschränkt herabsetzbar wäre, nämlich nur in den Fällen, in welchen im Scheidungsprozess ein Parteienantrag auf Zuspprechung einer Bedürftigkeitsrente vorgelegen hat. Das würde weiter bedeuten, dass die Zuspprechung und die Abänderung der Bedürftigkeitsrente vom Willen der bedürftigen Partei abhängig wäre. Es wird also ausschliesslich dem bedürftigen Ehegatten anheimgestellt, darüber zu befinden, ob seine Not durch den anderen Ehegatten oder durch die Öffentlichkeit gelindert werden soll. Andererseits wird dadurch eine Abänderung des Scheidungsurteils verunmöglicht und der bedürftige Ehegatte bei der Abänderung des Scheidungsurteils der Willkür des anderen ausgesetzt; eine Mitwirkung des Richters als vermittelnde Instanz ist ja ausgeschlossen. Diese Lösung ist höchst unbefriedigend.

Demgegenüber wurde vorne — S. 42 ff — Die Ansicht vertreten, dass die Anwendung der Offizialmaxime auch auf die Zuspprechung der Bedürftigkeitsrente auszudehnen sei, dass also der Richter in allen Fällen, auch wenn von Parteiseite

I. Historische Zusammenhänge

Bereits in anderem Zusammenhang¹ wurde festgestellt, dass das ZEG² eine Gerichtsstandsbestimmung für die Anhebung der Scheidungsklage enthielt. Diese wurde in etwas veränderter Form³ diskussionslos als Art. 144 ins ZGB übertragen. Daraus könnte geschlossen werden, dass die Anwendung des Art. 144 ZGB einzig und allein auf die Scheidungsklage beschränkt wäre und nicht auf das Abänderungsbegehren ausgedehnt werden könnte. Dieser Annahme ist jedoch entgegenzuhalten, dass das ZEG keine die Nebenfolgen betreffenden Bestimmungen kannte⁴, sondern die Regelung der Nebenfolgen im allgemeinen den Kantonen überliess⁵. Im Gegensatz dazu sind in dem heute geltenden Recht nicht nur die Nebenfolgen bundesrechtlich normiert, sondern darüber hinaus hat der Bundesgesetzgeber bezüglich einiger Nebenfolgen auch die Möglichkeit der Abänderung des Scheidungsurteils statuiert. Das liesse nun den Schluss zu, dass der Bundesgesetzgeber auch für das Abänderungsverfahren ein Forum aufgestellt hat, nachdem er dies bereits für den Scheidungsprozess getan hat. Da der 4. Titel aber nur eine einzige Gerichtsstandsbestimmung kennt, ist es naheliegend, diese auch auf das Abänderungsverfahren anzuwenden.

II. Die Stellung des Art. 144 im Gesetz

Art. 144 ZGB steht unter dem Marginale „B. Klage“. Während Art. 143, unter dem gleichen Marginale unter „I. Inhalt der Klage“, bestimmt, dass die Klage auf Scheidung der Ehe oder Trennung der Ehegatten gehe, stellt Art. 144 unter „II. Zuständigkeit“ eine Gerichtsstandsbestimmung auf. Daraus könnte gefolgert werden, dass Art. 144 ZGB einzig für die Ehescheidungs- resp. -trennungsklage Geltung habe.

Allein diese voreilige Folgerung wird zunichte bei Betrachtung des weiteren Aufbaues dieses 4. Titels. Unter dem Marginale „B. Urteil“ ist die Rede vom Inhalt der Klage⁶, von der Zuständigkeit des Richters⁷ und von den vorsorglichen Massregeln⁸. Im Marginale „C. Urteil“ hat der

kein Antrag vorliegt, von Amtes wegen über die Bedürftigkeit zu entscheiden und bei Notlage eines schuldlosen Ehegatten eine Bedürftigkeitsleistung zuzusprechen habe. Daraus kann gefolgert werden, dass entgegen der Auffassung des Bundesgerichts, Bedürftigkeitsrenten ergänzt und auch abgeändert werden können.

1) S. 30 f.

2) Art. 43 ZEG.

3) Nach Art. 43 ZEG war die Klage beim Richter am Wohnsitz des Ehegatten anzubringen, während sie nach Art. 144 ZGB am Wohnsitz des klagenden Ehegatten zu erheben ist.

4) Ausnahme: Strafwartefrist, Art. 48 ZEG.

5) Art. 49 Abs. 1 ZEG.

6) Art. 143 ZGB.

7) Art. 144 ZGB.

8) Art. 145 ZGB.

Gesetzgeber Bestimmungen über das Scheidungs- resp. Trennungsurteil aufgestellt⁹ und zugleich die Nebenfolgen normiert¹⁰. Im gleichen Zusammenhang hat er ausserdem jeweils im Anschluss an die beiden abänderbaren Nebenfolgen deren Abänderbarkeit geregelt. Damit wollte er offenbar auf einen gewissen Zusammenhang zwischen Regelung der Nebenfolgen und Abänderungsverfahren hinweisen. Daraus liesse sich zunächst schliessen, dass der Gesetzgeber das Verfahren von der Einreichung der Scheidungsklage bis zur letzten Abänderung als ein einheitliches betrachtete. Dieser Umstand würde eher auf die Zuständigkeit des ehemaligen Scheidungsrichters als auf diejenige des Richters am Wohnort des Klägers hindeuten. Wie schon vorne¹¹ ausgeführt worden ist, hängt die Zuständigkeit des ehemaligen Scheidungsrichters vom prozessualen Zusammenhang zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren ab. Ein solcher konnte jedoch nicht nachgewiesen werden, dafür aber ein Zusammenhang in sachlicher Hinsicht¹².

Aus diesem Grunde könnte das Abänderungsverfahren in bezug auf den Gerichtsstand mit der Ehescheidung nach erfolgter Trennung¹³ verglichen werden. Wie das Bundesgericht bereits 1916¹⁴ festgelegt hat, handelt es sich auch hier um ein prozessual neues Verfahren¹⁵; dabei decken sich die Ausführungen des Bundesgerichts im wesentlichen mit denen, welche vorne¹⁶ zur Begründung des prozessualen Verhältnisses zwischen Ehescheidung und Abänderungsverfahren vorgebracht worden sind¹⁷. Andererseits weist das Bundesgericht — allerdings ohne nähere Ausführungen zu machen —

9) Art. 146—148 ZGB.

10) Art. 149—152 ZGB und Art. 154—156 ZGB.

11) S. 25.

12) S. 81.

13) Art. 147 und 148 ZGB.

14) BGE 42 I 148 ff.

15) BGE 42 I 153 ff., E. 2.

16) S. 47 ff.

17) BGE 42 II 155: In diesem Entscheid führte das Bundesgericht aus, dass das zu einem Trennungsurteil führende Scheidungsverfahren mit diesem Urteil prozessualisch stets seinen endgültigen Abschluss finde. Dem späteren Scheidungsverfahren liege auch ein anderer Gegenstand zugrunde als dem Trennungsverfahren: Schon die geltend gemachten Begehren seien unter Umständen verschieden von denjenigen des früheren Verfahrens, denn das neue Verfahren müsse auf Scheidung gehen, während das frühere auf blosser Trennung gerichtet sein konnte. Auch die gegenseitige Stellungnahme der Parteien könne verändert werden, ja sogar vertauscht sein, indem möglicherweise diejenige Partei, welche sich früher der von der anderen Partei verlangten Scheidung oder Trennung widersetzt habe, nunmehr ihrerseits Scheidung beantragen könne. Ausserdem habe das neue Verfahren insofern eine veränderte tatsächliche Grundlage, als das darin zu erlassende Urteil nicht wiederum von der Situation auszugehen habe, wie sie sich bei der Einleitung des früheren Verfahrens geboten habe, sondern indem nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift auf die „im früheren Verfahren vermittelten“, also im Trennungsurteil festgestellten und die „seither eingetretenen“ Verhältnisse abzustellen sei. Dabei werde die Nichtwiedervereinigung der beiden Ehegatten stets als neue Tatsache geltend gemacht und sei als solche zu berücksichtigen.

darauf hin, dass zwischen Ehescheidungsprozess und früher durchgeführtem Trennungsverfahren in sachlicher Hinsicht ein Zusammenhang besteht¹⁸. Nach den in anderem Zusammenhang gemachten Feststellungen bestehen aber auch zwischen Ehescheidungsprozess und Abänderungsverfahren gewisse sachliche Beziehungen. Ausserdem finden sich sowohl die eine Abänderung normierenden Bestimmungen, als auch der die Ehescheidung nach erfolgter Trennung betreffende Artikel unter dem Marginale „C. Urteil“.

Bezüglich des Gerichtsstandes bei der Scheidung nach vorher erfolgter Trennung hat das Bundesgericht bereits 1916¹⁹ eindeutig entschieden²⁰, dass die Klage wiederum nach Art. 144 am Wohnort des klagenden Ehegatten anzubringen sei. Dabei hat es keinen Anstoss daran genommen, dass die Art. 147²¹ und 148²² ZGB unter dem gleichen Marginale — „C. Urteil“ — stehen wie die Art. 153²³ und 157²⁴ ZGB. Diese Tatsache deutet daraufhin, dass Art. 144 ZGB auch beim Abänderungsverfahren zur Anwendung kommen kann.

Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass es sich bei der Klage auf Scheidung nach erfolgter Trennung um eine eigentliche Scheidungsklage handelt, während das Abänderungsbegehren auf Abänderung eines Scheidungsurteils hinsichtlich einer Nebenfolge gerichtet ist. Allein wie in anderem Zusammenhang²⁵ dargestellt worden ist, kann das Abänderungsverfahren infolge des engen sachlichen Zusammenhanges als Scheidung im erweiterten Sinne aufgefasst werden. Daraus kann gefolgert werden, dass Art. 144 ZGB auch für das Abänderungsverfahren zur Anwendung kommen kann.

Aber auch wenn man das Abänderungsverfahren nicht als Scheidung im erweiterten Sinne auffassen wollte, könnte der Gerichtsstand des Art. 144 ZGB doch auf das Abänderungsverfahren Anwendung finden. Dafür spricht der Umstand, dass der Gesetzgeber in Art. 136 ZGB bei der Ungültigerklärung der Ehe in bezug auf die Zuständigkeit des Richters und des Verfahrens auf die Vorschriften des Scheidungsrechts verweist. Damit deutet er an, dass unter „Klage“ in Art. 144 ZGB nicht nur die Scheidungs-, resp. Trennungsklage zu verstehen ist, sondern dass darunter auch Klagen fallen, die ausserhalb des Scheidungstitels liegen und nicht die

18) BGE 42 I 155: „Überhaupt wurde bei der Ausarbeitung des Gesetzes unverkennbar fortwährend wesentlich nur die materielle Seite des in Rede stehenden Scheidungsanspruches ins Auge gefasst. Für die Beantwortung der hier streitigen Gerichtsstandsfrage dagegen sind in erster Linie prozessrechtliche Erwägungen massgebend.“

19) BGE 42 I 148.

20) Seine Ansicht wurde von keiner Seite angefochten und kann auch hier übernommen werden.

21) Art. 147 ZGB: Dauer der Trennung.

22) Art. 148 ZGB: Urteil nach Ablauf der Trennung.

23) Art. 153 ZGB: Abänderung der Bedürftigkeitsrente.

24) Art. 157 ZGB: Abänderung des Kindeszuteilungsdispositivs.

25) S. 81.

Scheidung selbst betreffen. Diese extensive Anwendung des Begriffes „Klage“ in Art. 144 lässt den Schluss zu, dass eine Klage innerhalb des Scheidungstitels auch dann unter den Klagebegriff des Art. 144 ZGB subsumiert werden kann, wenn sie keine eigentliche Scheidungsklage darstellt, aber mit der Scheidung in einem gewissen Zusammenhang steht.

Diesen Folgerungen könnte jedoch entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber in Art. 136 ZGB ausdrücklich auf die Anwendung der Gerichtsstandsnorm des Scheidungsrechtes verweist, während er dies in den beiden die Abänderung normierenden Artikeln²⁶ unterlassen hat. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass das Institut der Ungültigerklärung einer Ehe nicht im Scheidungstitel geregelt ist. Schon aus diesem Grunde erscheint ein Hinweis auf die Anwendung der Gerichtsstandsbestimmung des Scheidungsrechtes notwendig. Die Änderung der Scheidungsnebenfolgen hingegen ist im Scheidungstitel des ZGB selbst normiert, so dass ein direkter Hinweis auf die Anwendung der Gerichtsstandsbestimmung dieses Titels nicht in gleichem Masse als notwendig erscheint.

In diesem Zusammenhang ist auch noch auf Art. 102 Abs. 3 ZGB²⁷ hinzuweisen, bei welchem in bezug auf das Verfahren die Verhältnisse ähnlich liegen wie bei dem soeben erwähnten Art. 136 ZGB²⁸. Auch in diesem Falle verweist der Gesetzgeber hinsichtlich des Verfahrens auf die Bestimmungen des Scheidungsrechtes. Im Gegensatz zu Art. 136 ZGB ist hier jedoch nur vom Verfahren, nicht aber von der Zuständigkeit des Richters die Rede. Mit den beiden Kommentatoren Egger²⁹ und Gmür³⁰ und dem Fribourger Obergericht³¹ kann jedoch angenommen werden, dass auch bezüglich des Forums die Vorschriften des Scheidungsrechtes zur Anwendung kommen. Somit ist unter den Begriff „Klage“ des Art. 144 ZGB auch das Begehren auf Auflösung der Ehe infolge Verschollenheit des anderen Ehegatten zu subsumieren. Auch dieser Umstand weist darauf hin, dass der Begriff „Klage“ in Art. 144 ZGB nicht nur auf die Ehescheidung resp. -trennung beschränkt werden darf.

Gegen diese Argumentation liesse sich einwenden, dass die Auflösung der Ehe wegen Verschollenheit des anderen Ehegatten als Scheidung wegen böswilligen Verlassens³² konstruiert werden könnte. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass bei diesem Verfahren die Scheidungsgründe nicht massgebend sind. Die Auflösung ist einzig und allein auf die Verschollenheit zu fundieren³³. Hätte der Gesetzgeber die Auflösung der Ehe infolge Verschollenheit der Scheidung wegen böswilligen Verlassens gleichstellen wollen,

26) Art. 153 Abs. 2 ZGB und Art. 157 ZGB.

27) Eheauflösung infolge Verschollenerklärung.

28) Ungültigerklärung einer Ehe.

29) Egger zu Art. 102 ZGB, N. 3.

30) Gmür zu Art. 102 ZGB, N. 6.

31) SJZ 13/350, Nr. 90; 14/334, Nr. 103.

32) Art. 140 ZGB.

33) ebenso Gmür zu Art. 102 ZGB, N. 5.

so hätte er die Auflösung infolge Verschollenheit nicht in einem anderen Titel geregelt als die Ehescheidung.

Wie bei Art. 136 ZGB³⁴, kann auch in diesem Zusammenhang eingewendet werden, dass der Gesetzgeber im Gegensatz zu den die Abänderung regelnden Normen in Art. 102 ZGB ausdrücklich auf die Verfahrensvorschriften des Scheidungsrechts verwiesen habe. Dagegen lassen sich wiederum die nämlichen Einwendungen machen, wie dies bereits im Zusammenhang mit Art. 136 ZGB getan worden ist. Es sei an dieser Stelle auf jene Ausführungen verwiesen³⁵.

Diesen Darlegungen ist abschliessend zu entnehmen, dass der logische Aufbau des Gesetzes eher für als gegen die Anwendung des Art. 144 ZGB auf das Abänderungsverfahren spricht.

III. Sinn und Zweck des Art. 144 ZGB

1. In bezug auf die Scheidungsklage:

a. Staatliches Interesse an der Regelung der Scheidung: Von Verfassungs wegen ist der Bund befugt, in das Prozessrecht der Kantone einzugreifen, sofern es das staatliche Interesse gebietet. Von diesem Recht hat der Bundesgesetzgeber in bezug auf den Gerichtsstand bei der Ehescheidung in berechtigter Weise Gebrauch gemacht. Nach den vorne³⁶ gemachten Ausführungen hat der Staat ausschliesslich ein Interesse an der Erhaltung einer gesunden, nicht aber am Weiterbestehen einer zerrütteten Ehe, denn nur die gesunde Ehe vermag eine tragfähige Zelle des Staatsgefüges darzustellen, nicht aber die zerrüttete. Diese ist vielmehr als eine kranke Zelle zu betrachten, die den Aufbau des Staatsganzen eher hemmt als fördert. Aus diesem Grunde wollte der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit zur Auflösung einer zerrütteten Ehe schaffen. Hätte der Bund die Normierung des Gerichtsstandes im Scheidungsrecht den Kantonen überlassen, so hätte er keine Gewähr für eine einheitliche Festlegung des Forums gehabt. Er müsste riskieren, dass in einem Kanton, in welchem die Scheidungsklage am Wohnsitz des Beklagten anzubringen ist, eine Ehe trotz tiefer Zerrüttung nicht geschieden werden könnte, indem sich der Scheidungsbeklagte durch Begründung eines unbekannten Wohnsitzes im Ausland der Scheidung entziehen könnte.

b. Schutz eines höchstpersönlichen Rechts: Wie ebenfalls vorne festgestellt worden ist³⁷, hat der Gesetzgeber das Recht auf Scheidung als ein höchstpersönliches Recht ausgestaltet. Demzufolge ist es auch seine Pflicht, den Scheidungskläger bei der Verfolgung seines persönlichen Rechtes vor

34) S. 85.

35) S. 85.

36) S. 14.

37) S. 34.

unbilliger Erschwerung zu bewahren. Hätte der Bundesgesetzgeber für die Scheidungsklage kein Forum festgelegt, so könnten die Kantone selbständig über diese Frage legiferieren. In diesem Falle könnte sich ein Ehegatte in einem Kanton, in welchem die Scheidungsklage am Wohnort des Beklagten anzubringen ist, der Ehescheidung entziehen — z. B. durch Wegzug ins Ausland — und dadurch dem anderen Ehegatten die Geltendmachung seines subjektiven Rechts verunmöglichen³⁸.

Sofern die Gerichtsstandsbestimmung des Art. 144 ZGB auch auf das Abänderungsverfahren Anwendung finden soll, muss der Staat an der Abänderung ähnliche Interessen haben wie an der Scheidung.

2. In bezug auf das Abänderungsbegehren

a. Staatliches Interesse an der Abänderung eines Scheidungsurteils.

aa. Staatliches Interesse an der Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs: Wie in anderem Zusammenhang³⁹ festgestellt worden ist, hat die Regelung der Nebenfolgen im Scheidungsprozess nach der Oficialmaxime zu erfolgen. Schon daraus ist das Interesse des Staates an der Gestaltung der Elternrechte einerseits und an der Änderung dieser Nebenfolge anderseits ersichtlich. Dieses grosse Interesse des Staates an der Erziehung seiner zukünftigen Staatsträger rechtfertigt auch die Anwendung des Art. 144 ZGB auf das Abänderungsverfahren.

bb. Staatliches Interesse an der Abänderung der Bedürftigkeitsrente:

Weiter vorne wurde die Auffassung vertreten⁴⁰, dass die Festsetzung der Bedürftigkeitsrente und die Abänderung derselben nach der Oficialmaxime zu erfolgen hat, und diese Ansicht mit dem überwiegenden Interesse des Staates an der Zusprechung, resp. an der Abänderung dieser Rente begründet. Dieses gleiche Interesse des Staates spricht auch für die Anwendung der Gerichtsstandsnorm für die Ehescheidungsklage auf das Abänderungsverfahren.

b. Schutz eines Persönlichkeitsrechts.

aa. Bei der Gestaltung der Elternrechte: Unbestrittenermassen stellen die Gestaltung der Elternrechte im engeren Sinne sowie die Regelung des Besuchsrechtes⁴¹, wie das Recht auf Scheidung, Persönlichkeitsrechte dar. Aus diesem Grunde kann im Begehren auf Abänderung dieser beiden Punkte die Geltendmachung eines subjektiven Rechts erblickt werden, was die Anwendung des Art. 144 ZGB rechtfertigen würde. Dagegen ist zu bedenken, dass die Regelung der Unterhaltsbeiträge kein Persönlichkeits-

38) ebenso Egger zu Art. 144 ZGB, N. 1.

39) S. 40 ff.

40) S. 42 ff.

41) SJZ 20/119, Nr. 22; BGE 51 II 110.

recht darstellt, und dass infolgedessen das Begehren um Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge keine Geltendmachung eines persönlichen Rechtes ist, was gegen die Anwendung von Art. 144 ZGB sprechen würde.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Abänderungsverfahren als Einheit aufzufassen ist. Somit rechtfertigt sich die Anwendung des Art. 144 ZGB, obwohl nicht alle, jedoch die Mehrzahl der Begehren auf Abänderung als Geltendmachung eines Persönlichkeitsrechts angesehen werden können.

bb. Bei der Bedürftigkeitsrente: Dagegen wird das Begehren um Abänderung einer Bedürftigkeitsrente kaum als die Geltendmachung eines Persönlichkeitsrechts angesehen werden können. Denn in diesem Fall handelt es sich um rein vermögensrechtliche Fragen. Trotzdem ist die Anwendung des Art. 144 ZGB zu empfehlen. Dafür spricht schon das Interesse des Staates an der Abänderung der Bedürftigkeitsrente⁴². Andererseits sind alle Abänderungsbegehren als Einheit aufzufassen, wie schon in anderem Zusammenhang⁴³ festgestellt worden ist. Nach den vorn gemachten Ausführungen, wonach Art. 144 auf das Abänderungsbegehren hinsichtlich der Gestaltung der Elternrechte anzuwenden ist, geht es schon im Interesse einer geordneten Rechtsanwendung nicht an, den Art. 144 ZGB von der Anwendung auf das Abänderungsbegehren, in bezug auf die Abänderung der Bedürftigkeitsrente, auszuschliessen, nur weil dieses Begehren keine Geltendmachung eines Persönlichkeitsrechts darstellt.

IV. Zusammenfassung

Somit kann Art. 144 ZGB dahingehend ausgelegt werden, dass auch das Abänderungsbegehren unter die „Klage“ dieses Artikels subsumiert werden darf.

42) S. 54.

43) S. 22.

§ 8. Anhang

In dieser Arbeit wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass eine Stellungnahme nicht ausschliesslich mit Zweckmässigkeitsüberlegungen rechtfertigt werden könne. Da eine nähere Begründung dieser Behauptung jeweilen unterlassen worden ist, soll anhangsweise kurz auf dieses Problem eingetreten und am Beispiel der Gerichtsstandsfrage für die Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs¹ erläutert werden, wie unhaltbar solche Zweckmässigkeitsüberlegungen sein können.

Im ersten Entscheid, in welchem das Bundesgericht über die Gerichtsstandsfrage zu befinden hatte², führte es zugunsten des Richters am Wohnsitz des Beklagten unter anderem aus: „Dagegen gilt die gleiche Zweckmässigkeitserwägung³) nicht auch für die Zuweisung einer späteren Neuordnung dieses Kindesrechtsverhältnisses wie Art. 157 sie vorsieht, an den dannzumal gegebenen Scheidungsrichter als solchen. Vielmehr liegt es gewiss näher, diese selbständig zu treffende Massnahme der Kinderfürsorge demjenigen Richter zu übertragen, der ihrer eigenen Natur am besten entspricht. Das ist aber der Richter des Wohnsitzes der beklagten Partei. Denn die Begehren nach Art. 157 ZGB sind gegen den Inhaber der abzuändernden Gewalt über die Kinder (Elternteil oder Vormundschaftsbehörde) zu richten und gehören deshalb mangels einer abweichenden Sonderbestimmung vor den allgemeinen Gerichtsstand dieses die Kinder rechtlich vertretenden Gewaltinhabers“.

Wie in anderem Zusammenhang⁴ bereits dargestellt worden ist, sind beim Abänderungsbegehren sowohl die Verhältnisse des klagenden als auch diejenigen des beklagten Ehegatten zu prüfen und es ist zu untersuchen, ob sich der beklagte Ehegatte besser für die Erziehung des Kindes eigne, resp. ob sich neuerdings der klagende Ehegatte eher für die Erziehung des Kindes eigne. Daraus folgt, dass mit der gleichen Argumentation, mit welcher das Bundesgericht die Zuständigkeit des Richters am Wohnsitz des Beklagten begründet hat, auch die Zuständigkeit des Richters am Wohnort des Klägers begründet werden könnte. Denn dieser kann die Verhältnisse des Klägers ebenso gut prüfen wie der Richter am Wohnsitz des Beklagten die dortigen Verhältnisse. Im Gegenteil, der Richter am Wohnsitz des Klägers erscheint noch „zweckmässiger“ für die Beurteilung des Abänderungsbegehrens. Denn im Scheidungsprozess wurde das Kind der nunmehr beklagten Partei zugesprochen, weil diese zur Erziehung

1) Die gleichen Gedankengänge könnten auch für den Gerichtsstand bei Abänderung der Bedürftigkeitsrente angestellt werden. Wenn hier speziell die Kinderzuteilung herausgegriffen worden ist, so nur deshalb, weil die meisten Gerichtsstandsentscheide die Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs betrafen.

2) BGE 42 I 335 f.

3) Wie für die Behandlung der Nebenfolgen als Akzessorium des Scheidungsurteils.

4) S. 79.

desselben am geeignetsten erschien. Ist eine Änderung der Verhältnisse in dem Sinne eingetreten, dass sich auch die eine Abänderung begehrende Partei zu Erziehung eignen würde, so sind in erster Linie die Verhältnisse des Klägers, nicht diejenigen des Beklagten zu prüfen. Dazu ist aber der Richter am Wohnsitz des Klägers eher in der Lage als der Richter am Wohnsitz des Beklagten.

Ähnliche Zweckmässigkeitsüberlegungen lassen sich ausserdem für die Zuständigkeit des ehemaligen Scheidungsrichters anführen. So könnte z. B. geltend gemacht werden, dass der ehemalige Scheidungsrichter die beiden Parteien und deren Verhältnisse am besten kenne, habe er doch im Scheidungsverfahren Einblick erhalten.

Dieser „Zweckmässigkeitsüberlegung“ lassen sich andere, ebenso „zweckmässige“ Überlegungen gegenüberstellen:

So wendet das Bundesgericht mit Recht ein, dass in den Fällen, in welchen die Parteien seit Ausfällung des Scheidungsurteils das Domizil gewechselt hätten, beide Parteien unter Umständen vor einem weit entfernten Richter Recht suchen müssten. Dies wäre jedoch einer „richtigen und einheitlichen Durchführung des dem Artikel innewohnenden Rechtsgedanken wenig förderlich“⁵.

Aber auch wenn die Parteien nach der Scheidung ihren früheren Wohnsitz beibehalten haben, erscheint die Zuständigkeit des ehemaligen Scheidungsrichters aus folgenden Gründen nicht zweckmässig:

In der Praxis werden die Abänderungsbegehren oft erst viele Jahre nach dem Scheidungsprozess gestellt⁶. Nach so langer Zeit wird sich namentlich in städtischen Verhältnissen der Richter nicht mehr genau an die Parteien und deren Verhältnisse erinnern können. Er wird, wie jeder beliebige Richter, auf die Akten angewiesen sein.

Dazu kommt, dass es, ebenfalls vornehmlich in städtischen Verhältnissen, dem Richter auch gar nicht möglich ist, die Schicksale der einzelnen Parteien über die Scheidung hinaus weiter zu verfolgen; die Zahl der Scheidungen ist viel zu hoch.

Zudem besteht theoretisch die Möglichkeit, dass in der relativ langen Zeit zwischen Ehescheidungsprozess und Abänderungsverfahren neue Richter gewählt worden sind⁷. Obwohl es sich praktisch eher um eine Bestätigung im Amte als um eine Wahl handeln wird, besteht theoretisch, doch die Möglichkeit, dass das Abänderungsverfahren vor einem mit anderen Richtern besetzten Gerichte durchgeführt wird. In diesem Fall kann überhaupt nicht auf die Erinnerung abgestellt werden.

5) BGE 46 II 339.

6) Das Bundesgericht entschied einmal über ein Abänderungsbegehren, das acht Jahre nach der Ausfällung des Scheidungsurteils gestellt wurde — 61 II 225 —. Drei bis fünf Jahre Wartezeit sind keine Seltenheit —: BIZR 12/Nr. 189 — 6 Jahre; BGE 42 I 330 — 5 Jahre; BGE 46 II 333 — 2 Jahre.

7) Im Kanton Zürich werden die Richter beispielsweise alle sechs Jahre gewählt — GVG § 25.

Im Übrigen spielt bei der Abänderung des Scheidungsurteils die Erinnerung an die dem Scheidungsurteil zugrunde gelegenen Verhältnisse eine geringe Rolle. Wie vorne⁸ festgestellt worden ist, sind im Abänderungsverfahren neue, seit der Ehescheidung eingetretene Tatsachen, zu beurteilen. Über diese zu entscheiden, erscheint der ehemalige Scheidungsrichter auch nicht geeigneter als jeder andere Richter.

So kann zusammenfassend behauptet werden, dass für jede Ansicht, gleichgültig, ob sie rechtlich haltbar ist oder nicht, mehrere „Zweckmässigkeitsgründe“ sprechen. Die gleichen Überlegungen lassen sich sogar zur Begründung von zwei ganz verschiedenen Auffassungen anstellen. Jedes „zweckmässige“ Ergebnis erscheint ausserdem ebenso „unzweckmässig“, wenn es von einer anderen Seite beleuchtet wird. Aus diesen Gründen ist mit Burckhardt⁹ zu sagen, dass man „den Zweck des Gesetzes, wenn dieser unklar ist, nicht wieder nach Zweckmässigkeit bestimmen kann, sondern nur nach Rechtmässigkeit, d. h. danach, welche Zwecke verdienen, verfolgt zu werden“.

8) S. 44 ff.

9) Burckhardt, Methode und System; S. 102.

Literaturverzeichnis

- Baur, H.: Die Durchbrechung der Verhandlungsmaxime im Ehescheidungsprozess, Diss. Basel, 1947, in Masch.schrift, zit. Baur.
- Birchmeier, W.: Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich, 1950, zit. Birchmeier.
- Brandenberger, E.: Die vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung mit Ausschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung nach schweiz. Recht, Diss. Zürich, 1933, zit. Brandenberger.
- Burckhardt, W.: Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, Aufsatz in ZBJV 68/305 ff, zit. Burckhardt in ZBJV.
- Burckhardt, W.: Kommentar der schweiz. Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern, 1931, zit. Burckhardt zu BV...
- Burckhardt, W.: Methode und System des Rechts, Zürich, 1936, zit. Burckhardt, Methode.
- Burckhardt, W.: Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, Bern, 1925, zit. Burckhardt, Lücken.
- Burckhardt, W.: Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich, 1939, zit. Burckhardt, Einführung.
- Dannegger, K.: Die Interpretation von Art. 157 ZGB, Aufsatz in ZBJV 57/297 ff, zit. Dannegger.
- Egger, A.: Kommentar zum Schweiz. ZGB, Einleitung, 2. Aufl., Zürich, 1930, zit. Egger zu...
- Egger, A.: Kommentar zum Schweiz. ZGB, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Aufl., Zürich, 1936, zit. Egger zu...
- Egger, A.: Kommentar zum Schweiz. ZGB, Das Familienrecht, 3. Abteilung, die Vormundschaft, Zürich, 1936, zit. Egger zu...
- Erläuterungen zum Vorentwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes, 2. Aufl., Bern, 1914, zit. Erläuterungen.
- Esener, T.: L'obligation de réparer les préjudices résultant du divorce en droit suisse, Diss. Genf, 1951, zit. Esener.
- Fleiner/Giacometti: Schweiz. Bundesstaatsrecht, Zürich, 1949, zit. Fleiner/Giacometti.
- Gigon, M.: Die Zuteilung der Kinder aus geschiedenen und getrennten Ehen, Diss. Basel, 1938, in Masch.schrift, zit. Gigon.
- Gisi, M.: Verhandlungs- und Officialmaxime im Eheprozessrecht, Aufsatz in ZSR NF 32/419 ff, zit. Gisi.

- Gmür, M.: Kommentar zum Schweiz. ZGB, Familienrecht, 1. Abteilung (Das Ehe-recht), 2. Aufl. Bern, 1923, zit. Gmür zu ...
- Grendelmeyer, P.: Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehescheidung nach schweiz. Recht, Diss. Leipzig, 1932, zit. Grendelmeyer.
- Guldener, M.: Das Schweizerische Zivilprozessrecht, Bd. I und II, Zürich, 1947, zit. Guldener, I, resp. Guldener, II.
- Hübscher, J.: Unterhalts- und Unterstützungspflicht im Familienrecht des schweiz. Zivilgesetzbuches, Diss. Zürich, 1918, zit. Hübscher.
- Kaufmann: Kommentar zum Schweiz. ZGB, Familienrecht, 3. Abteilung: Die Vormundschaft, 2. Aufl., Bern, 1924, zit. Kaufmann.
- Knecht, H.: Die Abänderungsklagen, Diss. Zürich, 1954, zit. Knecht.
- Landolt, A.: Der Einfluss der Ehescheidung auf das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern im schweiz. Recht, Diss., Zürich 1925, zit. Landolt.
- Michel, D.: Die Abänderung des Ehescheidungsurteils nach Art. 152 ZGB, Diss. Zürich, 1939, zit. Michel.
- Picot, A.: La jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps sous le régime du Code civil suisse, in ZSR NF 48/1a ff, zit. Picot.
- Pfleghardt, A.: Offizial- und Untersuchungsmaxime im Zürcher Zivilprozess, Aufsatz in SJZ 14/217 ff, zit. Pfleghardt.
- Reichel, A.: Über den Einfluss des schweiz. ZGB auf das kantonale Prozessrecht, in SJZ 6/101 ff, zit. Reichel.
- Rosenberg, L.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 4. Aufl., München und Berlin, 1949, zit. Rosenberg.
- Schurter und Fritzsche: Das Zivilprozessrecht des Bundes, Zürich, 1924, zit. Schurter und Fritzsche.
- Schwander, V.: Die Entschädigung wegen Eheauflösung nach Art. 151 Abs. 1 ZGB, Diss. Freiburg, 1937, zit. Schwander.
- Seeger, H.: Die Rechtsprechung in Ehescheidungs- und Trennungssachen nach schweiz. ZGB, in ZSR NF 48/105 a ff, zit. Seeger.
- Stauffer, W.: Der Ehescheidungsgerichtsstand in der Schweiz, Diss. Bern, 1922, zit. Stauffer.
- Stauffer, W.: Prozessuales und Internationalprivatrechtliches zu Art. 157 ZGB, Aufsatz in SJZ 20/372, zit. Stauffer in SJZ.
- Sträuli und Hauser: Zürcherisches Rechtspflegegesetz, II. Zivilprozessordnung, Zürich, 1939, zit. Sträuli.
- Wäsch, R.: Die Abänderung von Ehescheidungsurteilen nach Art. 153 ZGB, Diss. Bern, 1950, zit. Wäsch.
- v. Wyss, K.: Zum Verfahren betreffend die Abänderung von Scheidungs- und Vaterschaftsurteilen, Aufsatz in SJZ 14/68 ff, zit. v. Wyss.

Abkürzungen

- BGE: Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts.
BlZR: Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
BV: Schweiz. Bundesverfassung.
EGZGB: Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch.
OG: Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
vom 16. Dezember 1943.
aOG: Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
vom 22. März 1893.
OR: Obligationenrecht vom 30. März 1911.
Pr: Die Praxis des Bundesgerichts.
SchKG: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.
SchlTZGB: Schlusstitel zum Zivilgesetzbuch.
SJZ: Schweiz. Juristenzeitung.
Sten. Bull: Stenographisches Bulletin.
StGB: Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937.
ZBJV: Zeitschrift des bernischen Juristenverein.
ZEG: Bundesgesetz betr. Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die
Ehe vom 24. Dezember 1874.
ZGB: Schweiz. Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
ZSR: Zeitschrift für schweiz. Recht.
BBl: Bundesblatt.

Curriculum vitae

Am 18. Februar 1925 wurde ich als Bürgerin von Hausen a/A. in Winterthur geboren. Dasselbst besuchte ich die Primarschule und anschliessend das Gymnasium. Im Herbst 1944 bestand ich die Maturitätsprüfung, Typus B. Darauf immatrikulierte ich mich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Sommer 1946 studierte ich in Lausanne, im Sommer 1947 in Hamburg und im Winter 1948/49 und Sommer 1949 in Bern. Während meiner Studienzeit war ich zu verschiedenen Malen praktisch tätig, so bei der Amtsvormundschaft in Bülach, bei der Schweizerischen Unfallversicherungsgesellschaft Winterthur und am Bezirksgericht Winterthur. Im Dezember 1953 bestand ich das letzte Examen an der Universität Zürich.

